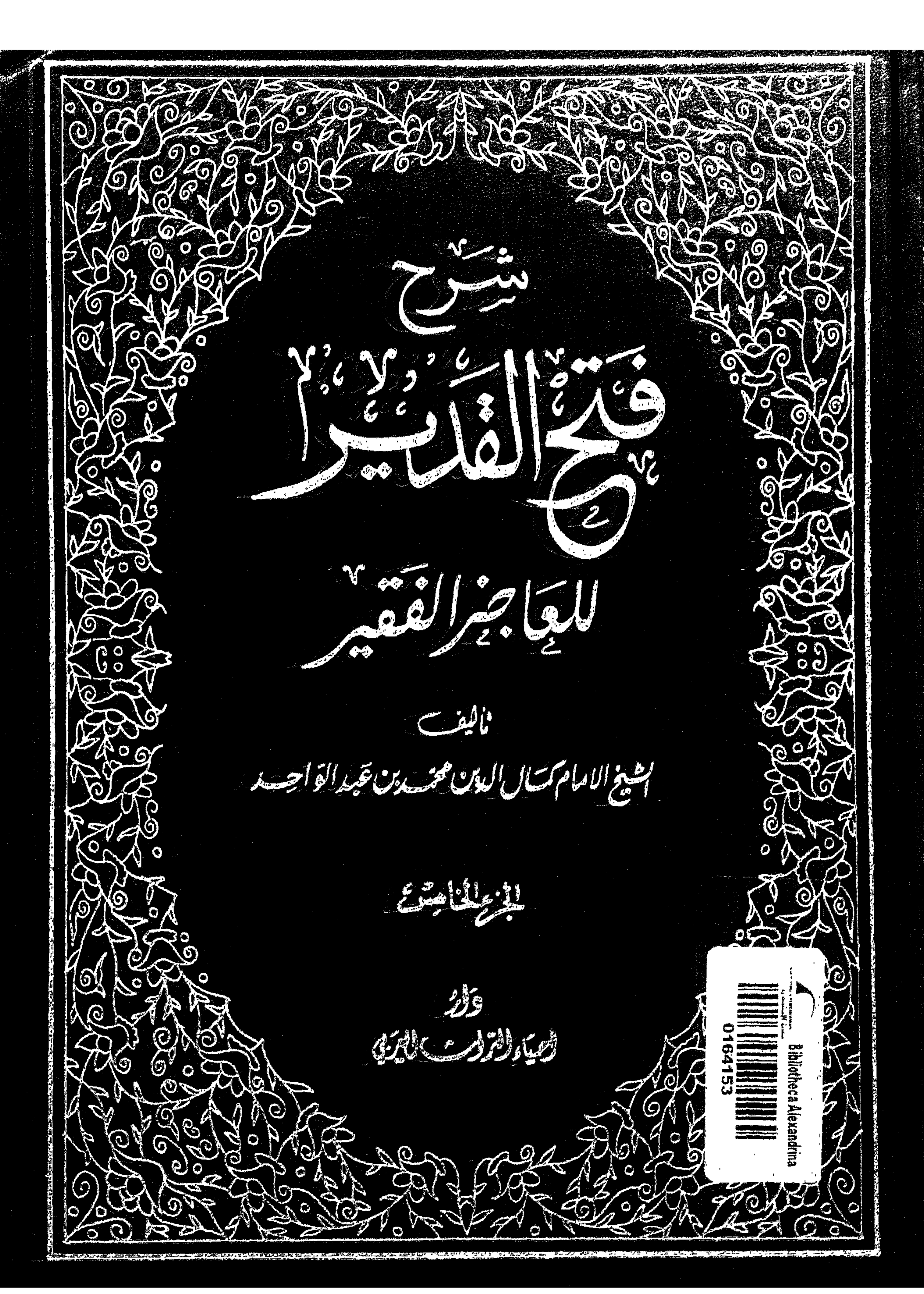

شرح
فتح القدير
للعاجز الفقير
تأليف
الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
الجزء الخامس
دار
إحياء التراث العربي





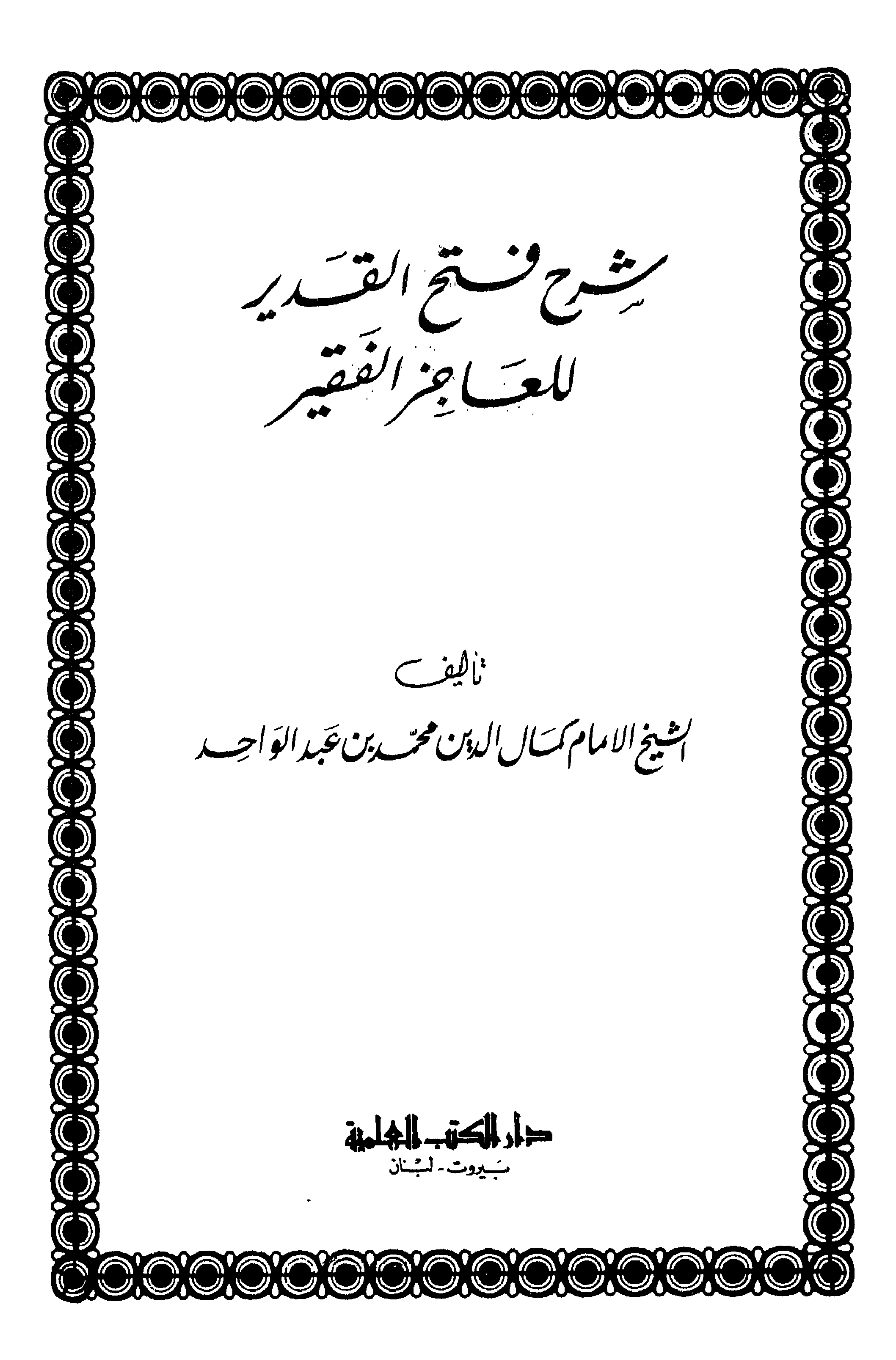





Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

شرح فتح القدير
للعاجز الفقير





شرح فتح القدير
للعاجز الفقير

تأليف

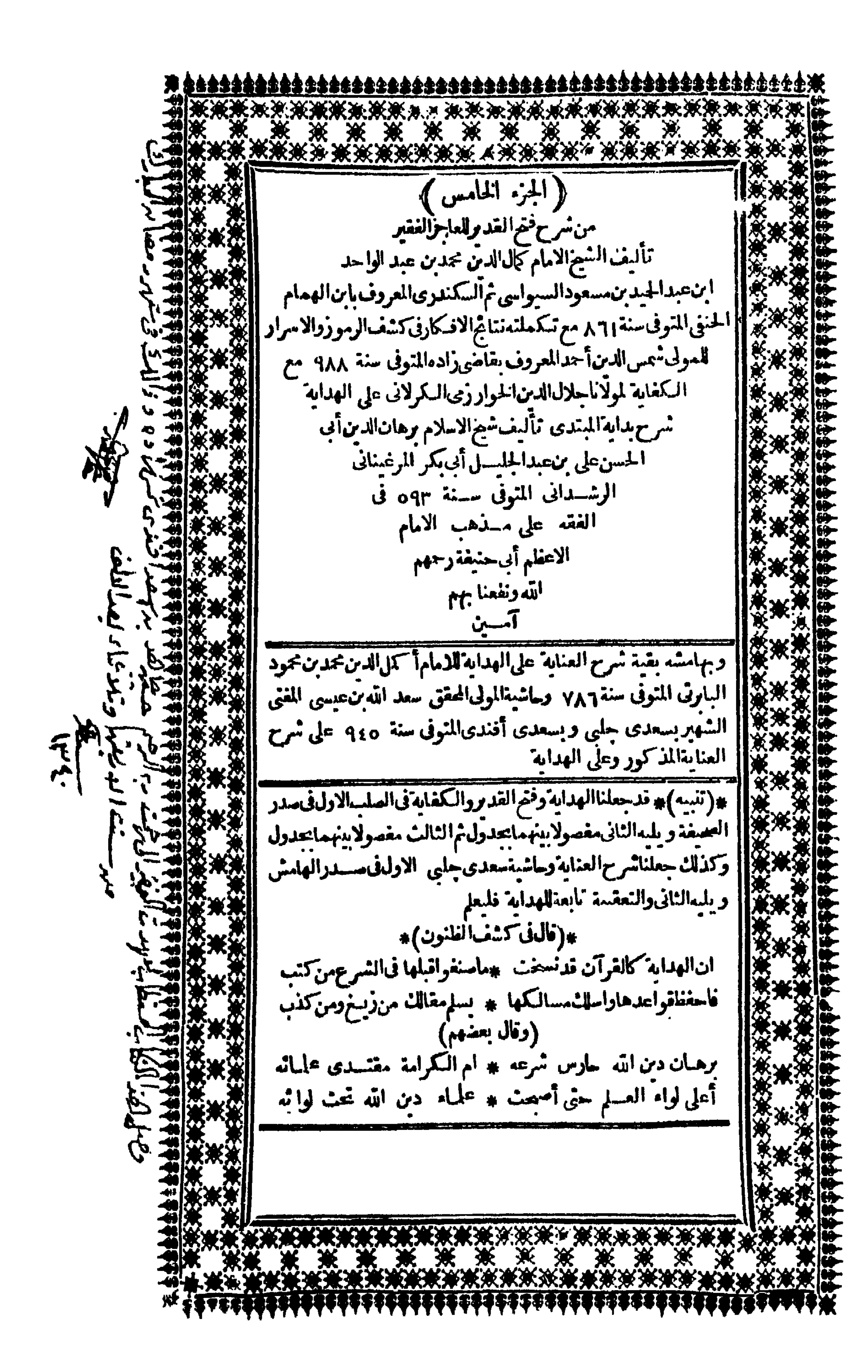
الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الجزء الخامس





(الجزء الخامس)

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام
الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ مع
الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية
شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي
الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني
الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ في
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود
البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي
الشهير بسعدي جلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح
العناية المذكور وعلى الهداية

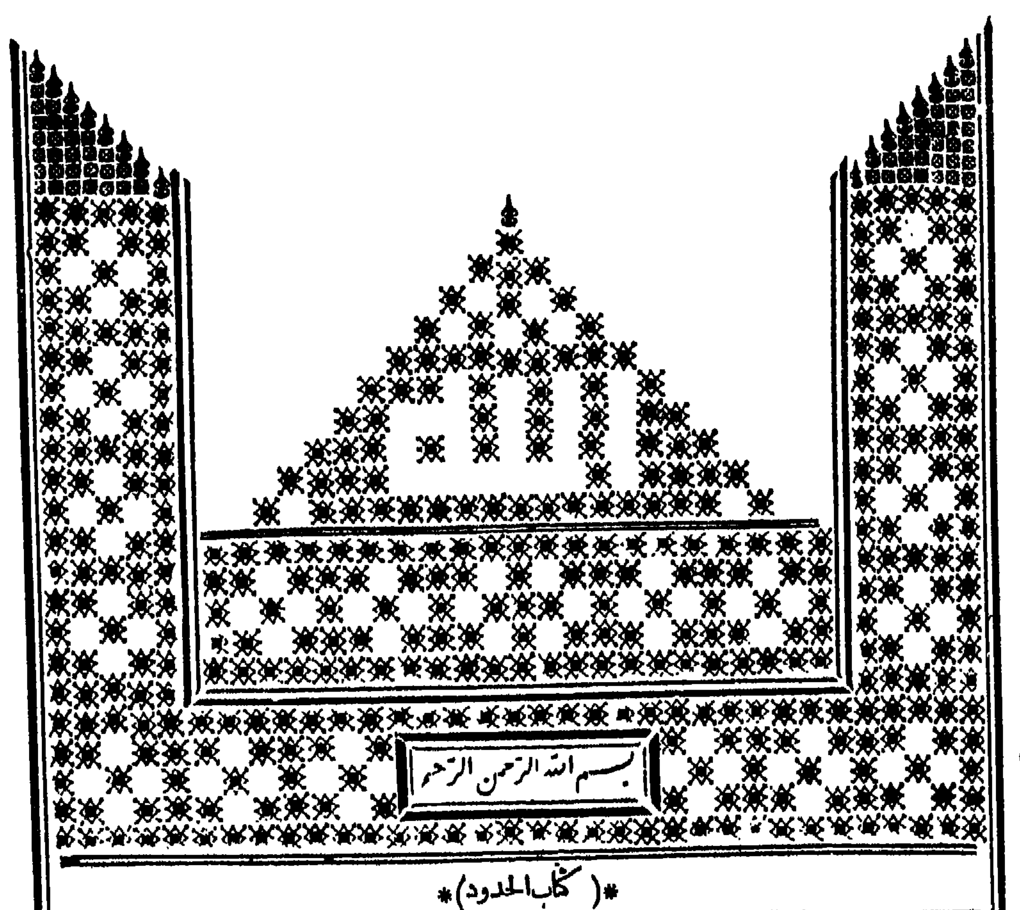
(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير والكفاية في الصلب الاول في صدر
الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول
وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي جلبي الاول في صدر الهامش
ويليه الثاني والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال في كشف الظنون)

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفوا قبلها في الشرع من كتب
فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه



(كتاب الحدود)

(كتاب الحدود)

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهى دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التى هى عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار الغالب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الأيمان الغالب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التى هى جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات المتحدة فى الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان لان الفقيه وغيره يستوى فى معرفة أنها الامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففى الزنا ضياع الذرية وامانتها معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا ندب عموم الناس الى حضور حده ورجمه وفى باقى الحدود زوال العقل وافساد الاعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الامور مركوز فى العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر فى ملة من الملل وان أبيح الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التى هى مانعة منها حقوق الله على الخلوص فان حقوقه تعالى على الخلوص أبدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة فى بيان حكمة شرعيتها الزجر الا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف الى قوله الانزجار الا أن قوله والطهارة ليست باصلية الى آخره أى الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل فى سقوط اثم

(كتاب الحدود)

(كتاب الحدود)
لما فرغ من ذكر الايمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع فى العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة من الابتذال وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلى من شرعه وهو الحكم فقد ذكره فى

(كتاب الحدود)
(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول فى العبارة نوع ركاكة

قال

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه فى حق الكافر

قبل سببه أصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة (١) وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما فى البخارى وغيره ان من أصاب من هذه المعاصى شيأ فعوقب به فى الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيأ فستره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى فى قطاع الطريق ذلك أى التقتيل والصلب والنفى بان لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية الا من تاب فانها حينئذ تسقط عنه العقوبة الاخروية و بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد فى الدنيا و يجب أن يحمل الحديث على ما اذا تاب فى العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظنى عند معارضة القطعى له متعين بخلاف العكس وانما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فاداه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته فى حق الكافر ولا طهرة فى حقه من الذنب بالحد يعنى أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم تتحقق فى حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من أهلها وأما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذى حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعى فى ذلك اذ السمع انما وجب لزوم عقوبة الكفر فى حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطا العقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا ينضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا أن يدل دليل سمعى على ذلك وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطا بانه يقام عليه وهو كاره له فليس بشئ لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله أعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه (قوله الحد لغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان

الا سليمان اذ قال الاله له * قم فى البرية فاحددها عن الفند

وهو الخطا فى القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم فى شرح ديوانه وكل مانع شئ فهو حاد له وحداد اذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك

(قوله وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى) احترز بالمقدرة عن التعزير وبقوله حقا لله تعالى عن القصاص قيل تقديرات الشرع على أربعة أنواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود ومنها ما لا يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدرى نفس ماذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا تكسب فى هذا اليوم فى الزمان الثانى ولا فى بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند أبى حنيفة رحمه الله ومنها ما هو يمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر (قوله والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد) وهو اختلاط الانساب فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد وشرع حد القذف لصيانة أعراضهم وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة أموالهم (قوله والطهرة ليست أصلية) لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلا للثواب فلا تحصل به الطهرة فان تاب كان الحد طهرة له والا لا يكون طهرة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى فى حد قطاع الطريق ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم (قوله الزنا يمد و يقصر) فالقصر لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

الخرطوم الخمر المسكر بفتح الكاف من التسكير المخمور يخاطب به الرجل المكنى بابى حاضر والنسبة الى

الكتاب وقوله (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلى يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير أصلى وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع فى حق الكافر الذمى ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه

---

(١) قول الكمال وأما ذلك أى كون الطهرة مقصودة من الحد قصدا تبعيا للزجر كذا بهامش اهـ

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة أهل الحجاز والمد لأهل نجد قال الفرزدق أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا يخاطب رجلا يكنى أبا حاضر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لا شبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى أن مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وما أشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف (والمراد ثبوته عند الامام) وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون وقوله (معرة ومضرة) المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال

وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد وهو قوله

يقول لي الحداد وهو يقودني * الى السجن لا تجزع فما بك من باس

فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ عنعه من الذهاب الى حال سبيله والخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى

فقمنا ولما يصح ديكنا * الى جونة عند حدادها

وسمى أهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه انبنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار) ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر قال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانهما دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانما يثبت بهما غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار أظهر لان الاقرار بسبب الحد يستلحق مضرة في البدن ومعرة في العرض توجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الامع الصدق دفعا لضر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق

المقصور زنوي والى الممدود زناوي كذا في الصحاح (قوله يثبت بالبينة والاقرار) أي عند الامام وعلم القاضي ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضي اعتباره لان عمله فوق

فالبينة

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول تفسير الزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجبه (قوله وشبهتهما الخ) أقول ليعم الزنا الذي لا يوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول تعريف الزنا المرأة (قوله اشارة) اقول وجه الاشارة مستور

(فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده (واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) لان النبى عليه السلام استفسر ماعزا

لنكاية لنفسه اذورطته فى أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعى هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ماتوجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار وانما كانت الشهود أربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وأما الحديث الذى ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته بالزنا يعنى هلال بن أمية ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد فى ظهرك فلم يحفظ على ماذكر والذى فى البخارى انه عليه الصلاة والسلام قال البينة والا فحد فى ظهرك نعم أخرج أبو يعلى فى مسنده حدثنا مسلم بن أبى مسلم الجرمى حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال أول لعان كان فى الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أربعة شهود والا فحد فى ظهرك والمسئلة وهى اشتراط الاربعة قطعية مجمع عليها ثم ذكر أن حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه واقتصر عليه لنفى قول من قال ان حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة أما ان فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشئ كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء وأما انه مندوب اليه فلما أخرج البخارى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه وأخرج أبو داود والنسائى عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم فاذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال فى ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث وسيأتى كان فى مثل من ذكرنا والله سبحانه أعلم وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى واداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه مايحرم منها ويحل منه مايحل منها وأما ان المختار فى الحكمة ماذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ماذكره المصنف (قوله واذا شهدوا بالزنا سالهم الحاكم) عن خمسة أشياء عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بانه صلى

البينة والاقرار (قوله والاشاعة ضده) أى ضد الستر فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة (قوله فاذا شهدوا) يسالهم الامام عن الزنا ماهو ومن وكيف هو وأما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعله على الذى ذكر الحد من تفسير الزنا فان

وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر وقوله (ولان فى اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر) احترازعن قول من يقول انما اشتر الاربع لان الزنا لايتم الا باثنين وفعل كل واحد لايثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب أن الله تعالى أحب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله (وهو) أى الستر (مندوب اليه) قال صلى الله عليه وسلم من أصاب منكم من هذه القاذورات شيا فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة (والاشاعة ضده) أى اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لامحالة ثم لما كان الستر أمرا مندوبا اليه كانت الاشاعة أمرا مذموما (واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ماهو) احترازا عن الغلط فى الماهية (وكيف هو) احترازا عن الغلط فى الكيفية (وأين زنى) احترازا عنه فى المكان (ومتى زنى) احترازا عنه فى الزمان

(قوله واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا) أقول أنت

عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط فى ذلك واجب لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه أو زنى فى دار الحرب أو فى المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى

الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا فى ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعى مقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام فى استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينهما ثابتة فى الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم أما انه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبوداود والنسائى وعبد الرزاق فى مصنفه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال جاء الاسلمى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل فى الخامسة فقال أنكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود فى المكحلة وكما يغيب الرشاء فى البئر قال نعم قال فهل تدرى ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرنى فامر به فرجم فسمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر الى هذا الذى ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذان يارسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يارسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من الاكل منه والذى نفسى بيده انه الآن لفى أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبوداود عن يزيد بن نعيم ابن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فاصاب جارية من الحى فقال له أبى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فاتاه فقال يارسول الله انى زنيت فاقم على كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به أن يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه وروا عبد الرزاق فى مصنفه فقال فيه فامر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعير فاصاب رأسه فقتله وأما ان فى الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فلما قال لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه بان ظن مماسة الفرجين حراما زنا أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال ساله عن الزنا ماهو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الاكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن أبى حنيفة فيشهد به فلهذا ساله عن كيفيته وفى التحقيق هو حالة تتعلق بالزانى نفسه ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى فى دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا سالهم أين زنى ويحتمل كونه فى زمان متقادم ولا حد فيه اذا ثبت بالبينة أو فى زمن صباه فلهذا سالهم متى زنى وحد التقادم سياتى ثم يحتمل كون المزنى بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا فى

من الناس يعتقد فى كل وطء أنه زنى ولان الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك أو يكذب والحد لا يجب الا بالجماع فى الفرج وأما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه وأما السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا فى دار الحرب وأما السؤال عن الوقت فللاحتراز عن أن يكون العهد متقادما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا وأما السؤال عن المزنى بها فللاحتراز عن أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضى

(وعن المزنية) احترازا عنه فى المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل أما الاول فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سال ماعزا الى أن ذكر الكاف والنون يعنى كلمة نكت ولكونه صريحا فى الباب والباقى كناية وأما العقل فلان الاحتياط فى ذلك اجب لانه قد كان الفعل فى غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة أو زنى فى دار الحرب وهو لا يوجب الحد أو فى المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد أو كان له فى المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء

تخبير بان سؤال الامام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد وانه لا معنى للغلط فى المكان والزمان هنا فتامل (قوله الى أن ذكر الكاف والنون) أقول يعنى الى أن ذكر لماعز الكاف والنون

فى ذلك احتيالا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة فى الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه فى الشهادات ان شاء الله تعالى قال فى الاصل

بيتى وكانت فى بيت أحدهم كوة يبدو منها للناظر ما فى بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت الا امرأتى ثم ان الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل فى المكحلة فحد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية وحفافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق فى تفسيره بسنده عن عمر رضى الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة اهـ فلهذا يسألهم عن المزنى بها من هى وقياسه فى الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزانى بها من هو فان فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا بأن مكنت أحدهما فانه لا يجب عليها فى ذلك حد على قول أبى حنيفة ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفى كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزانى بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فلما لم يتم بامتناعه بقى كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد وما وقع فى أصل المبسوط من أن الرابع لو قال انه زان فسئل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قاله للقاضى فى مجلس غير المجلس الذى شهد فيه الثلاثة (قوله واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) وهى بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا فى الحقيقة وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذى عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وهذا ما وعد المصنف بيانه فى الشهادات وبقى شرط آخر وهو أن يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى به أبو حنيفة فى الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى فى مسنده من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها عنه عليه السلام قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة قال الترمذى لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسند فى علله عن البخارى يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبى به قال البيهقى والموقوف أقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى وكان ذكر هذه ذكر المستند الاجماع واعلم ان القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا فى اقامة الحد بالسمع الذى ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هنالك ولم يثبت فى تعديل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره (قوله قال فى الاصل) أى قال اذا وصف

(قوله وقالوا رأيناه وطئها) هذا جواب عما هو وقوله كالميل فى المكحلة جواب كيف هو ميل المكحلة

فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها بيانا للماهية والمزنى بها كالميل فى المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتى فى الشهادات ان شاء الله تعالى قال فى الاصل (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بنى على الدرء فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المديون سيأتى ان شاء

(قوله أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول ولا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله هرب هو ان يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا فليتأمل

يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر) كلما أقر رده القاضى فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبى والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة

الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا الى أن يسال عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر منه فى أخذ الكفيل أجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان بعد الثبوت عقوبته أغلظ وهذا هو الفرق الذى وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق وأما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة زاد الترمذى والنسائى ثم خلى عنه حسنه الترمذى وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عراك بن مالك قال أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم واتهموا الغفاريين فاتوا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يلبث الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لى فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتلك فى سبيله قال فقتل يوم اليمامة (قوله والاقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور فى القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى فى حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصى والعنين وكذا لو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف فى اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبى سليمان ومالك والشافعى وأبو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل أربع مرات ولان الغامدية لم تقر أربعا وانما رد ماعزا لانه شك فى أمره فقال له أبك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا فى اشتراط كونها فى أربعة مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبى ليلى وأحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع فى مجلس واحد وما فى الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبى هريرة قال أتى رجل من المسلمين رسول الله

خشبتها التى يكتحل بها والمكحلة بضمتين وعاء الكحل والجمع مكاحل (قوله يحبسه حتى يسال عن الشهود) فان قيل الحبس ينافى الاحتيال للدرء فينبغى أن لا يشرع كاخذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فحبسه تعزيرا (قوله فى أربعة مجالس من مجالس المقر) وقال ابن أبى ليلى يقام بالاقرار أربع مرات وان كان فى مجلس واحد اعتبارا للاقرار بالشهادة بعلة انه أحد حجتى الزنا (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة

الله تعالى قال (والاقرار أن يقر العاقل البالغ) صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون الاقرار فكذلك هنا

وقوله (بخلاف زيادة العدد فى الشهادة) يعنى أنه انما تفيد زيادة فى طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت فطهرنى فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان فى المرة الرابعة قال النبى صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الا أن يقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفى رواية بعث الى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيأ فقالوا لا فسال عن احصانه فاخبر أنه محصن فامر برجمه وعن أبى بريدة قال كنا نتحدث فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد فى بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار اليه بقوله فانه أخر الاقامة وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر اقامة الحد الى أن تم الاقرار أربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان المهر والحد لا يجتمعان فى وطء واحد أجيب بان الاقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم تتم وجب المهر فان قيل انما أعرض النبى صلى الله عليه وسلم لانه استراب فى عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون الا انه لما أصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون أجيب أما تغير الحال فانه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبى صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق أسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا ان أقررت الرابعة رجمك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله (ولان الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست فى سائر الحقوق فكذلك فى الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

الظهور بخلاف زيادة العدد فى الشهادة ولنا حديث ماعز فانه عليه السلام أخر الاقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات فى أربعة مجالس فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه

صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله انى زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله انى زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر فى انه كان فى مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه فى افادة انها فى مجالس ما فى صحيح مسلم عن أبى بريدة أن ماعزا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل الى قومه فسالهم هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفى العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم أيضا فسالهم فاخبروه أنه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه وأخرج أحمد واسحق بن راهويه فى مسنديهما وابن أبى شيبة فى مصنفه قال حدثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبى بكر رضى الله عنه قال أتى ماعز ابن مالك النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سال عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعداد المجىء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى هريرة قال جاء ماعز بن مالك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان الابعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد

دون الاقرار فكذلك ههنا (قوله بخلاف زيادة العدد فى الشهادة) لان زيادة طمانينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد (قوله ولنا حديث ماعز) فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فطهرنى فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فلما قال فى المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الى أن أقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفى رواية بعث الى أهله هل تنكرون من عقله فقالوا لا فسال عن احصانه فاخبر أنه محصن فامر برجمه كذا فى المبسوط فان قيل انما أعرض النبى عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون الا أنه لما أصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال أبك خبل أبك جنون قلنا أما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال

(قول فان قال قائل لم يثبت الحد باقراره الخ) أقول هذه معارضة

بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فامر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت وأخرجت قال نعم فامر به أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر فى تعدد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الاول عليها وان قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الاول اقرارا واحدا لانه فى مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك أربع مرات أى فى أربعة مجالس فانه لا ينافى ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الامرة واحدة فممنوع بل أقرت أربعا يدل عليه ما عند أبى داود والنسائى قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص فى اقرارها أربعا غاية ما فى الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار فى مسنده عن زكريا ابن سليم حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبى بكرة عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبى حتى تلدى الحديث غير أن فيه مجهولا تميز جهالته بما يشهد له من حديث أبى داود والنسائى وأما كونه رد ماعزا أربع مرات كان لاسترابته فى عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة فى الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لانه عندها الابعذر المغبون والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه فى شبهته فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا فى اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله عليه السلام فى حديث هزال انك قد قلتها أربعا فبمن زنيت وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائى والامام أحمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فاصاب جارية من الحى فقال له أبى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام فحدثنى يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح اسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان فى الثقات وأبوه نعيم ذكر فى الثقات أيضا وهو مختلف فى صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها فى لفظ لابى داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفى لفظ لابن أبى شيبة أليس أنك قد قلتها أربع مرات وتقدم فى مسند أحمد عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال له بحضرته صلى الله عليه وسلم ان اعترفت الرابعة رجمك الا أن فى اسناده جابر الجعفى وكونه روى فى الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوى والا فلا شك انه أقر أربعا وقوله فى ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما أوجب سبحانه فى الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد فى غيره فكذا يعتبر فى اقراره انزالا لكل اقرار منزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله فى حديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعهود فى الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبى هريرة فى استفسار

رسول الله عليه السلام أبك خبل أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطء فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق أسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا ان أقررت الرابعة رجمك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لابلاء العذر لعلق الامر بثلاث لا بأربع كذا فى الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليظ ما لم يظهر فى سائر الاشياء من ذلك أن النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط فى أحد الحجتين من العدد ما لم يشترط فى سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار الاقرار كذا فى المبسوط (قوله ولا بد من اختلاف المجالس) لما روينا أراد به قوله الى أن يتم الاقرار منه أربع مرات فى أربع مجالس فعنده أى

لمار وينا ولان لاتحاد المجلس أثرافى جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فى الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضى والاختلاف بان برده القاضى كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروى عن أبى حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذا تم اقراره أربع مرات ساله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه فى الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز أنه زنى فى صباه (فان رجع المقر عن اقراره

ماعزا انه رجم بعد الخامسة وتاويله أنه عد آحاد الاقارير فان فيها اقرارين فى مجلس واحد كما قدمنا فى الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغى أن يلقنه الرجوع ولكن فى مجلس الاقرار الموجب ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا فى اطلاقه ليذهب وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت أن الاقامة تخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله والافات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخراجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول فى نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيأ على الامام فيجلس فى بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا فى زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد وأما ما روى أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام أتريد أن تردنى كما رددت ماعزا والله انى لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال أما لا فاذهبى حتى تلدى فلما ولدت أتته بصبى فى خرقة فقالت هذا قد ولدته قال فاذهبى فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبى فى يده كسرة خبز قالت هذا يانبى الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبى صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا ياخالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس فى هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر أنه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا بسبب ظاهر فى خصوص هذا الرد ولعلها كما رجعت اليه بصدر منها ما هو اقرار اذ لابد أن يقع فى مجلسها شئ مما هى بصدده هذا ولم يكن ما تقدم مما يفيد أن اقرارها كان أربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط فى الدرء اعتبر فى الحكم بتعدد الاقارير بعدد مجالس المقر دون القاضى لانه الذى به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر فى مجلس واحد حتى لو جاؤا فى مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد فى اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط وأما ما قيل ان اشتراط الاربع فى الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك فى الصدق وأصل التعدد وانما لزم حتى لزم الاثنان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر ويشترط فى النساء كذلك أيضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبى فلزمت الاخرى لتذكرها (قوله لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) لا يعرف بهذا اللفظ وأقرب الالفاظ اليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد وأخرج فارجع اليه (قوله فاذا بين ذلك) أى على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول

فعند اتحاد المجلس (قوله فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضى) أى اتحاد مجلس المقر معتبر فى عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضى (قوله والاختلاف بان برده القاضى كلما أقر) بان يقول أبك خبل أبك جنون كما مر من الفاظ الحديث وفى الايضاح وينبغى للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويامر بتنحيته

لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات فى اربعة مجالس (ولان لاتحاد المجلس اثرا فى جمع المتفرقات فعنده) اى عند الاتحاد (تحقق شبهة الاتحاد فى الاقرار) الا ترى الى ما جاء فى حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان فى جهة واحدة فلم تعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين (والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه) فى دفع الحد وفى بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اى فى وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضى ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضى وقوله (والاختلاف بان برده القاضى) ظاهر وقوله (لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار) دليله ان التقادم فى الشهادة مانع لتهمة الحقد وهى غير موجودة فى الاقرار وسياتى بيان التقادم فى باب الشهادة على الزنا

قال المصنف (ولان الشهادة الى قوله لامر الزنا) اقول ليس فيه اثبات للتقدير بالقياس بل اثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد اذ بذلك يتم نفى مذهب الشافعى فتامل قال المصنف (وقيل لو ساله جاز الخ) اقول قال الزيلعى والاصح انه يساله لاحتمال انه زنى فى صباه

قبل اقامة الحد أو فى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعى وهو قول ابن أبى ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة فى الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت) لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها أو قبلتها قال فى الاصل وينبغى أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول فى المعنى

متى زنيت وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن فى السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار فى ذلك سيذكره المصنف فى باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا فى جارية ابنه بخلاف ما لو قال فى جوابه لا أعرف التى زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له فى المزنية لانه لو كان لعرفها لان الانسان لا يجهل زوجته وأمته والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهى غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف أنه حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبى حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فانكر فلان تحد هى عندهما لا عنده (قوله وقال الشافعى يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبى ليلى والمسطور فى كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك فى قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعى وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد الثبوت كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت فلما سأله الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة أنكر ولا يخفى أنه تكلف والحق أن الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل وصحته شرعا حكم فيجب كون المحل الذى هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا فى الشهادة نعم فى القصاص وحد القذف يعنى لو أقر بهما ثم رجع لا يقبل فكذا لا يقبل فى الزنا ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة فى الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه أرجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه فى اخباره الثانى فينعدم أثره فى اخباره الاول بالكلية (قوله ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز لعلك لمستها) روى فى حديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخارى لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت وقال فى الاصل ينبغى أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئا للحد ليذكره كائنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للسارق الذى جىء به اليه أسرقت وما اخاله سرق

لما روى عن النبى عليه السلام انه طرد ماعزا وعن عمر رضى الله عنه أنه قال اطردوا المعترفين يعنى فى الزنا (قوله كما اذا وجب بالشهادة) يعنى أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل الاقرار بانكاره لانهما حجتان فيه فيعتبر أحدهما بالآخر قلنا أن انكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة وشرط صحة الشئ لا يكون مبطلا له (قوله ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع) أى ليس أحد يكذبه فيه فيتعارض كلاما الاقرار والرجوع وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق قوله (وهذا قريب من الاول) أى قوله لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها أو قبلتها فى المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع

وقوله (كما اذا وجب بالشهادة) يعنى أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فتعتبر احداهما بالاخرى فصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله (فتتحقق الشبهة فى الاقرار) يعنى بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله (وهذا قريب من الاول فى المعنى) أى قوله لعلك تزوجتها أو فوطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها فى المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع كأنه لو قال فى كل واحد منهما نعم سقط الحد

*(فصل

(فصل) في كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحصن وقال فى الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم قال

(فصل فى كيفية اقامة الحد) بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته (قوله واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا) هذا من الاحرف التى جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن فى ألفاظ معدودة هى أسهب فهو مسهب اذا طال وأمعن فى الشئ ومنه قول المصنف فى خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان أنكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعى وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم والآحاد فى تفاصيل صوره وخصوصياته أما أصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضى الله عنه وكاشف بهم حيث قال خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لانجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ألا وان الرجم حق على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف رواه البخارى وروى أبو داود أنه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده وانى خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لانجد الرجم الحديث وقال لولا أن يقال ان عمر زاد فى الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف وفى الحديث المعروف أى المشهور المروى من حديث عثمان وعائشة وأبى هريرة وابن مسعود ففى الصحيحين من حديث ابن مسعود لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذى عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوننى الحديث قال الترمذى حديث حسن ورواه الشافعى فى مسنده عن عثمان لايحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقى وأبو داود والدارمى وأخرجه البخارى عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبى قلابة حيث قال والله ماقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط الا فى ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ورجل زنى بعد احصان ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك فى رجم عمر وعلى رضى الله عنهما ولا يخفى أن قول المخرج حسن أو صحيح فى هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع فى خصوص ذلك السند وذلك لاينافى الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل أن انكاره انكار دليل قطعى بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنى أو لفظا كسائر المسلمين الا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى علماء المسلمين والرواة أوقعهم فى جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس فى

(فصل فى كيفية الحد واقامته) ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فأخره ذكرا وكلامه واضح وقوله (وعلى هذا اجماع الصحابة أى على وجوب الرجم اذا كان الزانى محصنا وذهب الخوارج الى أن الحد فى الزنا الجلد ليس الا لانهم لايقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على أن حديث ماعز مشهور تلقته الامة فى الصدر

(قوله وعلى هذا الى قوله على أن حديث ماعز رضى الله عنه) أقول فى المبسوط أما الرجم فهو حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لايقبلون الاخبار اذا لم تكن فى حيز التواتر اهفالشارح ان أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لايخفى

لما أن فى كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية الحد واقامته) (قوله فى الحديث المعروف) وهو قوله صلى الله عليه وسلم لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف (قوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم) أى على وجوب الرجم اذا كان الزانى محصنا *الرجم*

(ويخرجه الى أرض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بداءته احتيال للدرء وقال الشافعى رحمه الله لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف

كتاب الله ألزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرجه الى أرض فضاء) لان فى الحديث الصحيح قال فرجمناه يعنى ماعزا بالمصلى وفى مسلم وأبى داود فانطلقنا به الى بقيع الغرقد لان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان وأما ما فى الترمذى من قوله فامر به فى الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتأول على انه اتبع حين هرب حتى أخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على أنه انما صار اليها هاربا لا أنه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للمضيق (قوله ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا فى رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما نراه فى المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة فى امتناع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعى رحمه الله ليس شرطا اعتبارا بالجلد يعنى اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط فى اقامة الحد ابتداء الشهود وأجاب المصنف بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل أحد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه فى الرجم وهذا دفع لالحاقه وأما اثبات المذهب فبقول على رضى الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابى فان قوله فى ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل فى الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسيأتى انما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا فى الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس نفور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا فى الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان فى الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذى فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة لان الثابت شبهة فى الشهادة لا شبهة الشبهة فيها وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر أن تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة فى القذف على ما ذكرنا وأما ثبوت ذلك عن على رضى الله عنه فما أخرج ابن أبى شيبة رحمه الله قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى أن عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده قال وحدثنا أبو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن

الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائزة

(قال المصنف ويبتدئ الشهود برجمه الخ) أقول فى المبسوط لكنا نستدل بحديث على كرم الله وجهه فانه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما فى بطنها او تعترف بذلك فيبدأ به الامام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس اه وفى محيط السرخسى بعد هذا الكلام وقول الصحابى فيما لا يدرك بالقياس حجة بالاجماع اه

حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار

(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا أو غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

عبد الله بن مسعود عن على رضى الله عنه قال أيها الناس ان الزنا زناآن زنا السر وزنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرمى قال وفى يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فاصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده وروى الامام أحمد فى مسنده عن الشعبى قال كان لشراحة زوج غائب بالشام وانها حبلت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وأنا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فانا أول من رميها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقى عن الاجلح عن الشعبى عن على وفيه أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال فلعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما فى بطنها أخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة فى الرحبة وأحاط الناس بها الحديث وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف وأورد أن اثبات اشتراط البداءة بهم زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد واصلاح الايراد أنه تقييد للقطعى المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم القطعى هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه بالشبهة فاذا دل دليل ظنى على ان البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعى بالشبهة وموت الشهود مسقط أو أحدهم وكذا اذا غابوا أو غاب أحدهم فى ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبى يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة فاذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق فى ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء فى الحدود وهذا اذا كان محصنا وفى غير المحصن قال الحاكم فى الكافى يقام عليه الحد فى الموت والغيبة ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمى وحضر ورمى القاضى ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا أن شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعى الايدى لم تستحق البداءة بهم وأما ههنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف لان سقوطه فى الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الامضاء من القضاء فى الحدود فكان الاول وخالف محمد رحمه الله (قوله وان كان مقرا يبدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه وهو ما ذكرناه

اذا لم يكن فى حيز التواتر (قوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا فى ظاهر الرواية) احترز به عما روى عن أبى يوسف

وقوله (فان امتنع الشهود) قال فى الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمى بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه انهم اذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا فى الذخيرة أيضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا واذا سقط بامتناع أحدهم هل تحد الشهود أولا ذكر فى المبسوط أنه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع

(قوله واحدى الروايتين عن أبى يوسف) أقول ولم يذكر عن أبى يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية الخ) أقول فى المبسوط وعن أبى يوسف قال يؤمر الشهود بالبداية اذا كانوا حاضرين حتى اذا امتنعوا لا يقام الرجم فاذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعى الايدى أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لانهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعى الايدى فى الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر فاما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فاذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم اه ونحن نقول فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما فى المبسوط (قوله واعلم أن ظاهر الرواية يفضى الى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتامل) أقول فى صورة الموت والغيبة احداهما شبهة الامتناع عن البداية والثانية كون الامتناع رجوعا فليتامل وفى محيط السرخسى وروى عن محمد لو كان الشهود مقطوعى الايدى أو مرضى لا يستطيعون الرمى فان الامام يرمى ثم الناس لان فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة بخلاف الموت والغيبة لانه من الجائز أن لو كان حيا فعرض عليه الرمى يمتنع عن ذلك اه الا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح (قوله وفى حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق

آنفا وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن أبي بكرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى السرة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت أخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ماذكرنا من كلام علي رضي الله عنه واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه قول علي انه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء احتيالا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في أمر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لزم عن عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ (واعلم) أن مقتضى ماذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا أن يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبي بريدة عن أبيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله أصبت حدا فأقمه على الحديث بطوله الى أن قال فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أنها جاءت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في أمر ماعز قال ثم أمر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي برزة الاسلمي أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن أبي بشر أنه قال حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلاته عليه لكن المثبت أولى من النافي لكن على أصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك أن الصحابي اذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب مالك الى أنه يصلي عليه غير الامام والحاصل أن الصلاة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل

رحمه الله تعالى عليه فانه ذكر في الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمي بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف مسلما فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه وروى أنهم اذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام

بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا ﴿واعلم ان ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتامل والغامدية امرأة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له

لغفر له) أقول يعني المكاس وهو العشار والمكس ما أخذ

فلا

فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال (يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا

وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين أتت امرأة من جهينة (قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا و يكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوت كونها قرآ نا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر ظني ولهذا والله أعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به و يستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية أبي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه (قوله بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعارة من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول هنا لما ذكر الطحاوي ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له أي لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول أصلا بل أحد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفي طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة و يفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني أصبت حدا فاقمه علي فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فاتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين سوطين فقال هذا فامر به فجلد ورواه ابن أبي شيبة عن زيد ابن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسوط فذكره وذكره مالك في الموطا والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرع الذي يصير ذنبين تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة

ثم الناس كذا في الذخيرة فاذا كان الشهود مقطوعي اليدين في الاصل لا تمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة وفي الايضاح ولا بأس بكل من رمى أن يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا أنه اذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب أن يتعمد قتله وقد روي عن حنظلة بن أبي عامر رضي الله عنه أنه استاذن رسول الله عليه السلام في قتل أبيه وكان هو كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مامور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة الغامدية امرأة من غامد حي من الازد والجلد ضرب الجلد ومنه جلدة الجلاد (قوله بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهي عذبته وذنبه طرفه وفي المجمل والصحاح ثمرة السوط عقد أطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة والاول أصح

وقوله (الا أنه انتسخ في حق المحصن) بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية عام في المحصن وغيره الا أنه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة أو كان حبل أو اعتراف وأيم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله وقوله (بسوط لا ثمرة له) قال في الصحاح ثمر السياط عقد أطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة

(قوله فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن) أقول فيه بحث والصواب في المحصن فتامل

رضى الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يامر بالتجريد فى الحدود ولان التجريد أبلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فيتوقاه (ويفرق الضرب على أعضائه) لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف قال (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

فيما يشا كل العقدة ليعم المجاز ماهو يابس الطرف على ماذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا (قوله بين الموجع وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه أراد بالموجع المبرح والالم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فيخاف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله وتنزع عنه ثيابه) الا الازار ليستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعى وأحمد يترك عليه قميص أو قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضى التجريد وقول المصنف لان عليا كان يامر بالتجريد فى الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يامر بالتجريد فى الحدود فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن على بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه أتى برجل فى حد فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعدا وأسند الى المغيرة بن شعبة فى المحدود أينزع عنه ثيابه قال لا الا أن يكون فروا أو محشوا وأسند عن ابن مسعود لا يحل فى هذه الامة تجريد ولا مد (قوله ويفرق الضرب على أعضائه) لان جمعه فى عضو واحد قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا على على رضى الله عنه انه أتى برجل سكران أو فى حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل اضرب وأعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن على وابن مسعود والنخعى رضى الله عنهم ولا شك أن معنى ماذكره المصنف فى الصحيحين من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان فى حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه وهو فى مقابلته حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا فى حد قتلا أو غير قتل وفى القتل صريح ما تقدم من رواية أبى داود من حديث أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلى رضى الله عنهما أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصرا عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير ولما كان ذلك معلوما لم يحتج الى ذكر المخصوص على أنه ذكر فى رواية غيره عن على رضى الله عنه كما حكيناه آنفا وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذى ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو اهلاك معنى وهذا من

لما ذكر الطحاوى رحمه الله أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية له ذنبان أربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا فى المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغى للقاضى أن يامر الجلاد أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور فى الكتب لا ثمرة له أى لا عقدة عليه (قوله بين المبرح) برحاء الحمى وغيرها شدة الاذى يقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا فى الصحاح (قوله ويفرق الضرب على أعضائه) ذكر فى المبسوط ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة فى كل عضو (قوله والمذاكير) هى جمع الذكر الذى هو العضو على خلاف القياس كأنهم

ذنبه وطرفه لانه اذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا أصح لما روى أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية له ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور فى الكتب والمبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا أى غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذى هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل وبين الذكر الذى هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارق رأسه كذا فى الصحاح

(قوله وهذا أصح لما روى الخ) أقول فيه بحث اذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلا كما لا يخفى

وقال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول أبي بكر اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك

المصنف ظاهر في القول بان القتل في الرأس الآن يؤول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما تلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وأنه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد (قوله وقال أبو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه) بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان أبا بكر رضي الله عنه أتي برجل انتفى من أبيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ فأخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال أنا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجد في رأسي وهذا ينافي جواب المصنف بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب أبي بكر للذي انتفى من أبيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب في الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه الخ) روى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحدود (ولان مبنى الحد على التشهير) زجرا للعامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير ممدود قيل المد أن يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفيه زيادة ألم وقد يفضي الى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لانه في النفي فجاز تعميمه وان امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه

فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع أفراد قرينه وهو الوجه لانه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم لشابت مفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه في ضرب الحد يتقي الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة (قوله قال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا) وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا

كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ (والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا ولانه أستر لها (وان حفر لها فى الرجم جاز) لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان ترك

على اسطوانة أو يمسك (قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) وهو أيضا مما يعرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط فى الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفى فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهى تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان فى تزوج الاماء بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزانى فى الآية وهذا الشرط أعنى الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازى عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائى عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ اذا أحصن بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنتقص العقوبة به لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (قوله والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم والا فعلى كل الجلد أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك فى ظهور الزنا عند القاضى بالبينة أو الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا المحشو والفرو (ولان فى تجريدها كشف العورة) لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما روينا) يعنى من كلام على (ولانه أستر لها) (قوله وان حفر لها فى الرجم جاز) لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة والدال مضمومة فى الوجهين ثدى الرجل أو لحم الثديين وما قيل الثدى للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذى وضع سيفه بين ثدييه (ولذا حفر على لشراحة الهمدانية) بسكون الميم وهى قبيلة كانت عيبة على وقد مدحهم وقال فى مديحه اياهم فلو كنت بوابا على باب جنة * لقلت لهمدان ادخلى بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبى أنه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف (وان ترك)

أو سوطين لا يخشى منه الفساد (قوله وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف والآية نزلت فى الاماء والحكم فى العبيد كذلك بدلالة النص وانما خص بالذكر لغلبة أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة فى تقديم الزانية على الزانى بخلاف السارق والسارقة (قوله وتضرب جالسة لما روينا) أى من حديث على رضى الله عنه والنساء قعودا الثندوة بفتح الاول والواو أو الضم والهمزة مكان الواو والدال فى الحالين مضمومة ثدى

لا

وقوله (ومن دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أى كان يدعو الناس اليهم وقوله (لانه زيادة على المستحق) قالوا الا أن يعجزهم عن الضرب قائما فلا بأس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها قال (وان كان عبدا) أو أمة (جلده) أى ان كان من زنى عبدا أو أمة جلده الامام (خمسين جلدة لقوله تعالى) فان أتين بفاحشة (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكأن هذا الاسلوب والله أعلم بناء على ان أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما فى تقديمهن فى قوله تعالى الزانية والزانى ثم العذاب المذكور فى الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف وقوله (لان الجناية عند توافر النعم أفحش) أصله قوله تعالى يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله (لما روينا) يعنى من حديث على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا

لايضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن لانه أستر ويحفر الى الصدر لما روينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه مالا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

الحفر (لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك) يعني لم يوجبه بناء على أن حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره والا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد أما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز) تقدم من رواية مسلم وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الاسلمي أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة (قوله ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال) لاحاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير أنه يزاد في شهرته في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس وخصوصا في الرجم وأما في الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أي الزانية والزاني فاستحب أن يامر الامام طائفة أي جماعة أن يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهري ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك أربعة وأما قوله (والربط والامساك غير مشروع) فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط الا أن لا يصبر وأعياهم فحينئذ يمسك ويربط فاذا هرب في الرجم فان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجم صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل في حديث علي في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاجلح عن الشعبي وفيه أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف الى أن قال ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روي عن مالك أنه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطاه أبو حنيفة وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي ومالك

الرجل أو لحم الثديين كذا في المغرب والهمدانية بسكون الميم (قوله ما حفر لماعز) رضي الله عنه ولا ربط ولا امسك بل كان مطلقا حتى هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الا أن يعجزهم فحينئذ يربط ويشد (قوله وقال الشافعي رحمه الله له أن يقيمه) أي الحد الذي هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه أو أقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما فان كان مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وفي رواية فليحدها ولان له ولاية مطلقة عليه فملك اقامتها وجب عليه كالامام بل أولى

والثندوة بفتح الثاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل أو لحم الثديين والهمدانية بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب وقوله (لما روينا) يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله (والربط والامساك غير مشروع) يعني الا أن يعجزهم كما ذكرناه وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وذكر منها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفيء وقوله (ولان الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول مالنا وما علينا وقولي على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة أهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير

(قوله حق الله مشروع) أقول حق الله مبتدأ وقوله مشروع خبره

قال (واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا

وأحد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح أن القتل والقطع الى الامام اهم مافي الصحيحين من حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه مالا يملك الامام من التصرف فلكه للاقامة عليه أولى من الامام ولنا ماروى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا أربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على أنه استناب في حقه المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم أنه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو أمر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الامام ليأمر باقامته لكن مالم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا والمتبادر أنه باشره أو أمر به على أن المتبادر أحد دائر فيهما الا في ثلاثة وهما هذان مع رفعه الى الحاكم بعده نعم من استقر اعتقاده على أن اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه (قوله واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) قيد باحصان الرجم

لان ولايته عليه أقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام ألا ترى أن المولى هو الذي يزوج دون الولي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها ولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل أنها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير ولنا ماروى عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنيابة عن الله تعالى والامام هو المتعين في نيابة الله تعالى أو نائبه فاما الولي فولايته بالملك فلا يصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتاديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقاله فيكون بسبيل منه ألا ترى أنه يعزر من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتاديب في الدواب فانه حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى أو أبى دل أنه لا تثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الآدمية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبارها مبقى على أصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما في طلاق زوجته وقوله أقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا وفائدة تخصيص المماليك أن لا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم أو المراد التسبيب والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشرة تارة والى السبب أخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالي بذلك وكل الموالي لا يملكون المباشرة بالاجماع (قوله واحصان الرجم) وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تعالى وفي المبسوط وللاحصان الذي يتعلق به الرجم شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبع العقل والبلوغ والحرية

وقوله (واحصان الرجم) انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تعالى احصان الرجم مشروط بسبع شرائط (أن يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) هذا على قول المتقدمين وأما المتأخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيآن الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك وأما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرط الاهلية العقوبة وجعل الباقية شرط التكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة

(قوله احصان الرجم مشروط الخ) أقول فيه نوع مخالفة لما في الهداية (قوله بسبع شرائط أن يكون حرا الخ) أقول فيه مسامحة الا أن يحمل على حذف الجار (قال المصنف واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا مسلما بالغا قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا الخ) أقول وفي الجامع الرازي لايشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان كذا في الفتاوى للتمرتاشي

ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لاخطاب دونهما وماوراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فيناط به

لان احصان القذف غيرهذا كما سياتى والاحصان فى اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من باسكم واطلق فى استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية ومنه أن ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة فى النكاح وبمعنى العفة يقال أحصنت أى عفت وأحصنها زوجها قال فى المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعدماذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيابة لاتكون الا بالدخول اه واختلف فى اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر فى شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعى حتى لوتزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أوصبية أومجنونة أوكتابية ودخل بها لايصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لوزنى بعده لايرجم عندنا وكذا لوتزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أومجنون أوصبى ودخل بها لاتصير محصنة فلاترجم لوزنت ولوتزوج مسلم ذمية فاسلمت بعدمادخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام أى أن يطاها اذا زنى لايرجم وكذا لوأعتقت الامة التى هى زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعدمادخل بها لايرجم لوزنى مالم يطاها بعد الاعتاق وعلى هذا لوبلغت بعدمادخل بها وهى صغيرة وكذا لوكانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدامعا بطل احصانهما فاذا أسلما لايعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها فى نكاح صحيح يعنى تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لوتزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلودخل بها عقيبه لايصير محصنا لوقوع الطلاق قبله *(واعلم)* أن الاضافة فى قولنا شرائط الاحصان ينبغى أن تكون بيانية أى الشرائط التى هى الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذى هو شرط الرجم هو الامور المذكورة فهى أجزاؤه وهو هيئة تكون باجتماعها فهى أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أوقياسا على مااختاره فخر الاسلام وغيره لايقال كما أن الحد لايثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب أن تثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما العدم المعقولية أولانه لايثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لالايجابه بقى الشان فى تحقيقه وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما فى صفة الاحصان مع غيره بقوله (وهذه الاشياء من جلائل النعم) فان من النعم كون كل من الزوجين مكافئا للآخر فى صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أى باستجماعها واذا نيط بكلها يلزم أن ينتفى الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور أثر وجود الشبهة فى درء الحد وعدم مماثلتهما شبهة فى تصور الصارف فيندرئ به وبيانه ماذكر فى بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته الى الوطء عندها فكونه بالغا لان الصغير لاتكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لايرغب فيها بل هى محل نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه فى دينه منه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين واذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب

والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وأن يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر فى صفة الاحصان والاسلام والاصح أن يقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هى مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون أهلا لالتزام شئ من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا أن يكون شرط الاحصان على

لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعى أغلظ العقوبات (وهذه الاشياء من جلائل النعم) فكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر الشرائط على هذا

(قال المصنف ودخل بها وهما على صفة الاحصان) أقول الجملة حال من الداخل والمدخول بها ونظيره لقيت زيدا راكبين وفى المحيط وأما طريق ثبوت الاحصان فشيآن الاقرار والبينة اه وقال الامام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير ولو ارتد المحصنان بطل احصانهما فان أسلما لم يكونا محصنين الا بجماع جديد وكذا الكافران ان يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها قبل ذلك لم يكونا محصنين فان جامعها بعد العتق والاسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اه (قال المصنف والعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة الخ) أقول قال مولانا علاء الدين الاسود فى شرح الجامع الصغير قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير وانما يصير داخلا فى المحصن عن الزنا اذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فانه مانع عن ارتكاب كل ماله عاقبة ذميمة وكذلك الدين والحرية لان الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لايبالى به وكذا البلوغ لان الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب وكذلك الدخول فى النكاح بعد البلوغ لان به تقع الغنية عن الزنا فاذا استجمعت الشرائط يصير محصنا اه

بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ماروى أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا

كون العقوبة أغلظ فشرعت اذ ذلك وهي الرجم عند استجماعها نهايه أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنهما لامدخل لهما في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ماذكر في نغرة المسلم وأجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وابائه ومالم يفرق القاضي بينهما باباته هما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام) أي في الاحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا قد زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شان الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذى وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا وأجاب المصنف بانه انما رجمهما بحكم التوراة فانه سالهم عن ذلك أولا وان ذلك انما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراطه للاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن فقال اسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوى انه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولاشك أن مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ماهو المختار في علم الحديث من أنه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله أعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدى من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن على بن أبي طلحة عن كعب ابن مالك انه أراد أن يتزوج يهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن أبي

الخصوص وأما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا أن يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ماعليه أصل حال الآدمى من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم أفحش العقوبات فيستدعى أغلظ الجنايات والجناية في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون أغلظ ولهذا لا تشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان بخلاف أحصان القذف لان الزنا بعد الزنا أغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة (قوله بخلاف الشرف والعلم) متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لماذكر أن تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما أيضا من أجل النعم ولم يشترطا فاجاب بان الشرع لم يرد به (قوله والاصابة شبع بالوطء الحلال) يعنى الاصابة بطريق الحلال يحصل

العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيما ظنوا والشرف والعلم والجمال والحسب وان كان من جلائل النعم أيضا الا أن الشرع لم يرد باعتبارها (ونصب الشرع بالرأى متعذر) وقوله (ولان الحرية) دليل على الاقتصار على ثلاث الشرائط يتضمن أن لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية (ممكنة من النكاح الصحيح) لان الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لامحالة (والدخول به شبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر أغلظ) ولقائل أن يقول في العلم باحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لامحالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف يردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب أن المسلم الناشئ قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا تكون معتبرة وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره (والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روى مسندا الى ابن عمر رضى الله عنه أن اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه

قلنا

(قال المصنف ولان الحرية ممكنة) أقول ينبغي أن يتامل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولان الحرية ممكنة

وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون فى التوراة فى شان الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله ابن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده) ما روى أصحابنا فى كتبهم عن ابن عمر (من أشرك بالله فليس بمحصن) وقوله (والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافى ما تقدم من قوله والاصابة بشبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك فى حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقى من عسيلته ويذوق من عسيلتك بالتصغير وقوله (وشرط صفة الاحصان فيهما) ظاهر وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأجيب بان صورته أن يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضى بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر (وأبو يوسف يخالفهما فى الكافرة) فى أن اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزانى فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا (والحجة عليه) أى على أبى يوسف (ما ذكرناه) يعنى من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وقوله (وقوله عليه السلام) معطوف على قوله ما ذكرناه (لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد) ذكره شمس الأئمة السرخسى مرسلا فى مبسوطه قال (ولا يجمع فى المحصن بين الجلد والرجم) وفى رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضى الله

قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغبوا فى الصبية لقلة رغبتها فيه وفى المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما فى الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال (ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلاة والسلام

مريم وعلى بن أبى طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن على بن أبى طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل فى الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التى ذكرها وهما معا فى غرض واحد وهو الاحتجاج على أبى يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا * (واعلم) * أن الاسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبت مشروعيته فى الاسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم ما تجدون فى التوراة فى شان الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والالم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما أنزل الله اليه وانما سالهم عن الرجم فى التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعه الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا فى شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراطه أو تأخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول يقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط فى ايجاب الحد والاولى فى الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر فى الدخول) المحقق للاحصان (ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك

الشبع (قوله وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات) وهى الكفر والمملوكية والجنون والصبا أى لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه الصفات عند الدخول فان قيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته أن يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج (قوله والحجة عليه ما ذكرناه) اشارة الى قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين

(قال المصنف والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) أقول وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة الى المعاينة كما سيجىء فى كتاب الشهادة (قوله فان الشبع انما يكون بالانزال) لا يمكن اثباته بشهود بخلاف الدخول فافهم سيبه المغنى اليه أكثر يا مقامه فليتامل (قال المصنف وفى المملوكة حذرا عن رق الولد) أقول هذا لا يجرى فيما اذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا اذ الولد يتبع الام فى الحرية والرقية ولو قال وفى المملوكة لحقارتها ودناءتها لامكن التعميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه أى على أبى يوسف رحمه الله) أقول قال الاتقانى قوله والحجة عليه

فنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله (ولان الجلد يعرى) ظاهر وقوله (والشافعي يجمع بينهما حدا) أي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) ولان التغريب من تتمة الحد فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولان فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم و يعرفونه من الاحباء والحبيبات لما أن الزنا انما ينشا من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ألا ترى أنه اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ماهو المذكور بعد الفاء وقوله (والى كونه كل المذكور) أي رجوعا الى كونه كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ماذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شئ محتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز وقوله (ولان في التغريب) ظاهر وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياد شهوة وهذه

لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا

والشافعي في رواية عن أحمد يجمع في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال (ولان الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي شرع لها الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان أولا الاذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وان لم يعلم خصوص الناسخ وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها أو هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول ولو امتنع فني قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث وتقدم (ولان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل

(قوله لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم و يعرفونه من الاحباء والحبيبات لما أن الزنا انما ينشا من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لهذا (قوله رجوعا الى حرف الفاء) لانه يقتضي أن يكون جزاء والجزاء انما يكون كافيا لانه من جزأ بالهمز أي كفى أو الى كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذ الموضع موضع الحاجة الى

ماذكرناه أي الحجة على أبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن اهـ وأنت خبير بفساده والصحيح ما ذكره الشيخ أكمل الدين (قال المصنف ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول الحسم القطع والانسب سد باب الزنا (قوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول لانه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين في موضعه وفيه نظر لما سيجيء من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله

وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علي) نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة

وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره

لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا اشارعا في بيان حكم الزنا ماهو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء الشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط فلو ثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة وأما ما يفيده كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد اثبات مالم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا بطلت أكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المامور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك أنه ليس المراد من الزيادة اثبات مالم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فافاد أن الاطلاق مراد وبالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض أن الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص والا لو تربصت ولم تحد في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة فانما أثبت الحديث واجبا لا أنه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور وتلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنسا له بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه يصير قطعيا فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فاحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لا أن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيده لجواز كونه تغريبا لمصلحة وأما مالك رحمه الله فرأى أن الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وأيضا فان نفس الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على أن النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى ألا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن

البيان فلو أوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن الاهل والوطن أخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولد لا يقوم أحد بتربيته وهذا أقوى مما قاله لان ما ينشأ من الصحبة والموانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو أفحش (قوله وهذه الجهة) من العلة أقوى من علة الخصم لشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا (قوله الحديث منسوخ كشطره) وهو الجمع بين الجلد والرجم

قول علي لصحة ما قلناه ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة أجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحا بعضها بعضا وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله (والحديث) يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (منسوخ كشطره

تعالى فامسكوهن في البيوت الا أن يقال المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم الخ) أقول الخصم ينكر صحة النقل عنه وهذه الجهة لا تؤيدها فان طريق ثبوت النقل هو رواية العدول (قوله مع ان النفي ليس بحكم الخ) أقول لعل مراده نفي النفي (قوله ففي مثل هذا الموضع الخ) أقول لا بد من التأمل في هذا المقام

وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقة الخلاف فإن قيل هذا اثبات النسخ بالقياس أجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ما هو وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين وإليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه أي دل في حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرناه هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله (الا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا رأى الامام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) روي أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول

هل من سبيل الى خمر فأشربها
أو من سبيل الى نصر بن حجاج

وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الا أن يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

العشيرة وعن تستحيي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم بأودها ولا شك أن هذا المعنى في افضائه الى الفساد أرجح مما ذكر من افضائه لمعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله ابن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينفيا وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم والصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان ففي الترمذي حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا حدثنا عبد الله بن ادريس عن

وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ أحد شطريه دليل بعدمه على آية الجلد فنسخ الحديث بشطريه بآية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ماعز فاستقرت الشريعة (قوله وقد عرف طريقه في موضعه) وهو ما ذكر في حديث العرنيين فان قوله عليه السلام استنزهوا البول يعارضه أمره عليه الصلاة والسلام للعرنيين بشرب أبوال الابل رجعنا الى التاريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين وهو أنه تعلق به شيئان المثلة واباحة شرب البول ثم المثلة ثبت أنها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت أن اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطر حديث العرنيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآية وذلك أن حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت والايذاء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وبقوله تعالى فآذوهما ثم نسخ ذلك بالحديث وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عني الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث لقال عليه السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عني علم أن قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نسخ بقوله الزانية والزاني الآية فاذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية والزاني فكذلك الشطر الثاني (قوله فيغربه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لاحد

(قوله قيل يعني في طريقة الخلاف) أقول صاحب القيل هو الاتقاني وقال الاتقاني في شرح قوله اذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره طريقة الخلاف اسم كتاب للامام علاء الدين العالم (قوله وحاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول قال الامام فخر الدين الزيلعي حكم الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية اهـ ففيه نوع مخالفة لما في النهاية والعناية فليتامل (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز المثلة فكذلك ههنا الخ) أقول ههنا خفاء لا يخفى نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روي من النهي عنها بعده لا كلام فيه وانما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بأبوال الابل ولا يظهر دال يدل عليه فليتامل

(واذا

(واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة

عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب الا أنه قال حديث غريب وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن ادريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روي من غير رواية ابن ادريس عن عبد الله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اه وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم وهي الصواب لكن روى النسائي حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسئل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا عن الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطا وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة

هل من سبيل الى خمر فأشربها * أو من سبيل الى نصر بن حجاج

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل * سهل المحيا كريم غير ملجاج

وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لان مثله في ندم وشدة وانما زل زلة لغلبة النفس أما من لم يستحي وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله واذا زنى المريض وحده الرجم) بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب اليه (وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لان جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لا بد أن تكون حينئذ مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لانه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين (قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة) لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت أو كانت نفساء ففي

فلا يختص بالزنا بل يجوز في كل جناية والرأي فيه الى الامام ألا ترى أن النبي عليه السلام نفى هيت المخنث ونفى عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ما ذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب علي حيث لا أطهر دار الهجرة عنك وتغريب النبي عليه السلام والصحابة ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة ألا ترى أن عمر رضي

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج فطاب نصر أن نفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له وقال ماذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك وعثمان رضي الله عنه جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي رضي الله عنه جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة كل ذلك محمول على السياسة والتعزير قوله (واذا زنى والمريض الخ) ظاهر

وقوله (قال الغامدية) روى أن الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها عليه السلام ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرت فقال لها ارجعى حتى يستغنى ولدك فقالت أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها يارسول الله فامر صلى (٣٠) الله عليه وسلم برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

(وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أى ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يؤخر الى أن يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لان فى التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعى حتى يستغنى ولدك ثم الحبلى تحبس الى أن تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه)

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وانه فى عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك

تتعالى من نفاسها فى الجلد ولو أطالت فى التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى للنساء ولا يقبل قولها فان قلن هى حامل أجلها حولين فان لم تلد رجمها (ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة الى أن تلد) وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن أبى حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم فى حديث الغامدية أنه ردها حتى يستغنى فرجعت ثم جاءت به وفى يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفى حديث آخر قال اذهبى حتى تضعى ما فى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الى رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضى أنه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان فى مسلم وهذا أصح طريقا لان فى الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل أن تكونا امرأتين ووقع فى الحديث الاول نسبتها الى الازد وفى حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه رجمها بعد أن وضعت

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه)

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الاصلى فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم أراد تقديم حد الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لانها هى المقصودة وذلك بثبوت سببه وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذى هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق فى الوجود أولا فأخر المصنف تعريفه الى أن فرغ من المقاصد الاصلية وذكر أن الزنا فى عرف اللغة والشرع يعنى لم يزد عليه فى الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه (وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك) وهذا لان فى اللغة معنى الملك أمر ثابت

الله تعالى عنه ترك ذلك فانه نفى زانيا فارتد فلحق بالروم فحلف أن لا ينفى أحدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف أن لا يقيمه (قوله وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية ارجعى حتى يستغنى ولدك فقالت انى أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا فى مبسوط فخر الاسلام رحمه الله والله أعلم بالصواب

(باب الوطء الذى يوجب الحد)

(قوله وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك) فان قيل المرأة تحد حد الزنا ولا يصدق الحد على

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه) لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع فى بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا فى أول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير منعكس

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه) (قال المصنف وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك الخ) أقول قوله فى غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل ثم أقول الاولى أن يقول المشتهاة احترازا عن وطء صبية لا يجامع مثلها فان وطأها لا يوجب الحد كما سيجىء الاشارة اليه ثم الاولى أن يقول عن طوع احترازا عن وطء المكره حيث لا يوجب وسيجىء وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جوابا عن هذا فى باب اليمين فى الدخول والسكنى الا أن فيه أيضا كلاما مع أن المصنف أسند الى المكره الزنا فيما سيجىء قال فى البدائع الزنا فى عرف الشرع اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا اه وفيه أيضا قوله وعن حق الملك احتراز عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك فى المحل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجو

قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو فى نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى فى وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم عليه السلام أو من قبل بعثه بوحى يخصه أى يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا فى الوجود الدنيوى سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى فى الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك فى أنه تعريف للزنا فى اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا فى قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التى لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبى فان الجنس وطء الرجل فالاولى فى تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا فى القبل بلا شبهة ملك فى دار الاسلام فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره و بالصبية التى لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هى زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك فى أنه لا يشمله الجنس الذى هو وطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو فى الوجود الخارجى والكلام فى تناول اللفظ وان أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها فى قوله تعالى الزانية والزانى بطريق المجاز فلا حاجة الى أنه تبع بل لا يجوز ادخاله فى التعريف وعلى هذا كلام السرخسى والمصنف وغيرهما فى مسئلة ما اذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيا على قول أبى حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتى وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بان فعل الوطء أمر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هى واطئة ولذا سماها سبحانه زانية وأعجب من هذا الجواب أنه قال فى الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطأها ليس يصدق على تمكينها بم وهو فاذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئى الخارجى اذا وجد من الرجل فى الخارج يستدعى فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضى أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق أنها ان كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلابد من زيادة قوله أو تمكينها بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فانهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الخ تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته فى الزنا أى انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلابد فى تحققه من ذلك وقوله يؤيده الحديث أى يؤيد الامرين معا وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما فى الجارية المشتركة بطريق أولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر أنه فى الخلافيات للبيهقى عن على رضى الله عنه وهو فى مسند أبى حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وأسند ابن أبى شيبة عن

فعلها وأنه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها قلنا ذلك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا

لان الزنا يصدق فى فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه وأجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة للاصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجىء بعد هذا أن كل موضع يجب

حق عام وانه يكفى لسقوط الحد ولا يكفى لثبوت النسب اه وقوله من التزم أحكام الاسلام احترازعن الحربى وسيجىء وقوله وشبهته فى قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احترازعن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجىء وقوله وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا احتراز عن وطء المرقوقة الى غير زوجها ووطء الاعمى من اجابته يظن أنها امرأته وسيجىء (قوله لان الزنا يصدق فى فعل المرأة) أقول أى يتحقق فان الصدق المعدى بفى يكون بمعنى التحقق كما تبين فى كتب الميزان (قوله هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا الخ) أقول لعل المشار اليه بقوله هذا فى قوله هذا الفعل هو الوطء للرجل المفهوم من التعريف المذكور قال فى النهاية ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اه وغير الشارح الى قوله ولهذا لا يحد الخ اذ المطلوب هو صدق الزنا على فعلها وحد قاذفها بالزنا لا يدل عليه صريحا لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدورها بخلاف ما ذكره الشارح فليتامل ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع فى هذا المقام فانا بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلابد من بيان ماهيته (قوله والمرأة تدخل فيه تبعا) أقول قوله والمرأة أى وزنا المرأة وقوله تدخل فيه تبعا أى يفهم تعريفها التزاما (قوله لما سيجىء بعد هذا الخ) أقول لعله تعليل لاصالة الرجل المفهوم من التقرير

الحد فيه على الرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله
لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن
يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة

قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

ابراهيم هو النخعي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لان أعطل الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقيمها بالشبهات وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرأ بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها وأعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فانها معلولة باسحق بن أبي فروة وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجترأ على ما يشك فيه من الاثم أوشك أن يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فان معناه أن من جهل حرمة شئ وحله فالورع أن يمسك عنه ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وأيضا في اجماع فقهاء الامصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وأيضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه أسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال علي رضي الله عنه لشراحة على ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في ضروري فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه وانما يقع الاختلاف أحيانا في بعض أهي شبهة صالحة للدرء أولا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية قالوا الشبهة ثلاثة أقسام في المحل والفاعل والجهة أما الشبهة في المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو

فلما تحقق الحدود بتمكينها ثبت في حقها أيضا فلهذا أضيف اليها ووجب الحد عليها أيضا تبعا للرجل دل عليه أنه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا أو مجنونا لا يجب عليها الحد أيضا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله لعدم التمكين من فعل هو زنا لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زنى بصبية أو مجنونة حد دونهما لتحقق الزنا من الرجل ولا حد عليهما وان مكنت من الزنا لانهما غير مخاطبة (قوله وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت أنها على حرام حد (قوله وتسمى شبهة حكمية) أي ناشئة عن دليل

كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة) وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت أنها تحرم على حد (وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية) وتسمى شبهة ملك أيضا فانهما لا توجب الحد وان قال علمت أنها حرام

(قوله وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة) أقول سيجيء عن المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم سيجيء أن الحربي اذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربي والمكره عند أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الشارح مخالف لما سيجيء وجوابه أنه موجب فيهما أيضا وانما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الاب فلا مخالفة (قوله وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا) أقول الاولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف الا أن يقال المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج الى البيان وايراد المصنف في التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل فالاولى (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول فيكون تعليلا للحكم الضمني الذي يفهم من التعريف (قوله لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه) أقول أي يعتبر في الحظر

على (فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما اذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام (الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة الى الظان" (والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين) جميعا (لاطلاق الحديث) لكن فى الاولى عند الظن وفى الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت فى الثانى) أى فى الوطء الثانى وقيل أى فى المذكور الثانى والاولى ان يقال فى النوع الثانى (اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض) أى خلص (زنا فى) الشبهة (الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه) أى الى الواطئ وقيل هذا ليس بجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا وطء فى شبهة العقد فيكفى لاثبات النسب

فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادّعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادّعاه لان الفعل تمحض زنا فى الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال

أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الاظهر وأما الشبهة فى الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد واذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة فى الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى و بلا شهود وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه الخ) أى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهى الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك سواء ظن الحل أو علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الامر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله والنسب يثبت فى الثانى) أى فى شبهة المحل (اذا ادّعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادّعاه لان الفعل تمحض زنا)

الشرع (قوله لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما اذا ظن أن جارية زوجته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطء (قوله والثانية تتحقق) أى تكون شبهة فى حق الكل (قوله لاطلاق الحديث) وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله جارية أبيه) وكذا جارية جده وان علا (قوله والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة) لان بعض أحكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب لو جاءت بولد الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أم لا فينبغى أن يصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد قلنا هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع القاضى أن يقضى به ولو قضى لا ينفذ أرأيت لو وطئها بعد العدة أكنا نسقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع (قوله و بائنا بالطلاق على مال) وانما قيد البينونة بالمال لان البينونة اذا حصلت بدون المال فوطئها فى العدة فلا حد عليه

وفى الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهى فى ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت أنها تحل لى فلا حد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا فى موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت أنها حرام على وقالت الجارية ظننت أنه يحل لى لا يحد واحد منهما أما المرأة فلدعوى الشبهة وأما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما سيجىء

(قال المصنف والنسب يثبت فى الثانى اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول) أقول فى الكافى اذا وطئ الجد أمة ولد ولده لا يحد لشبهة الملك فان حبلت فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الاب ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبى الليث اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال

(ه ـ (فتح القدير والكفايه) ـ خامس) ظننت أنها على حرام لا يحد و يثبت النسب اه وفى معراج الدراية ذكر البزدوى وطئ جارية حافده والاب فى الاحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد والشبهة نشأت من الابوة وهى قائمة ولهذا يعتق عليه لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الاب الاقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقى وطؤها فى غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفى لدرء الحد ولا تكفى لاثبات النسب اه قال الاتقانى الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب فى الاحياء كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس بجرى على عمومه) أقول وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجىء فى الورق الآتى (قوله لان هذا وطء فى شبهة العقد) أقول فيه بحث

فان قيل ما وجه الاشتباه فى المطلقة الثلاث حتى لا يحد اذا قال ظننت أنها تحل لى أجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف فى أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أولا فينبغى أن يكون ذلك شبهة فى اسقاط الحد أجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضى لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها فى العدة فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام على ما يجىء وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هى ما قلنا فى المطلقة ثلاثا وهى فى العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن فى موضع الاشتباه وشبهة العبد فى جارية المولى انبساط يد العبد فى مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود) يعنى اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لى لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أولم يدع كما فى الجارية المشتركة لانه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أولم يشتبه قياسا على ما لو وطئ جارية اشتراها على أن البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره فى كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أولم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال فى الجملة سبب ملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب ملك فى حق المال فيشتبه انه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أولا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة فى محل من

وهى فى العدة وأم ولد أعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لا حد عليه اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد * والشبهة

لفرض أن لا شبهة ملك الا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع اليه أى الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا تثبت به عدة لانه لا عدة من الزانى قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطء فى شبهة العقد فيكفى ذلك لاثبات النسب وفى الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة من ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء فى العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت الى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعنى لانه اذا كان لاقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامهما وأنت علمت فى باب ثبوت النسب أنها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه أما اذا ادعاه فانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطء فى العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق فى عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الاولى فى النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقى محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة * فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع أن لا يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وان علوا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة فى رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن (ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها حرام على وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشترى والمجعولة مهرا اذا وطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشترى والمالك كان مسلطا على وطئها بالملك واليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطئ وغيره والمرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية

وان قال علمت أنها على حرام (قوله والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود) لان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من ماليتها فلم يصادف الوطء محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجار فان عقد الاجارة لما لم يفد ملك المتعة بحال لم يورث قيام الاجارة فى المحل شبهة

(قوله فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية) أقول لفظة ما فى قوله فما أورث نافية (قوله وان لم يكن سببا فى الرهن) أقول لانه انما يملك مالية المرهون بعد الهلاك وذا لا يقبل ملك المتعة كما سنذكره

الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة ثم عد الشبهة فى المحل وهى فى ستة مواضع على ماذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك (والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة فى كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم) لان اليد التى كانت بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة فى المحل (والممهورة فى حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك فى النصف (والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففى هذه المواضع لا يحد) بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا الى الفاعل والقائل وثم شبهة أخرى وهى التى تثبت بالعقد فانها عند أبى حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه أو مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة أو جاهلا بها (وعند) العلماء (الباقين لا تثبت اذا علم بحرمته ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا) أى هذا الذى ذكرنا من بيان نوعى الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح

(قوله والممهورة فى حق الزوج) أقول أى التى جعلت مهرا (قوله قبل القبض) أقول أى قبل قبض الزوجة (قوله هو ما كان راجعا الى الفاعل الخ) أقول كأنه يشير الى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعا الى أحدهما (قال المصنف ثم الشبهة عند أبى حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول أى الشبهة فى المحل وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل فى الحصر فى نوعين كما لا يخفى ولو سلم أنهما مغايرة لهما فالمقسم هو الشبهة التى لا اختلاف فيها

فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام ثم الشبهة عند أبى حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها على

كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام) لان المانع هو الشبهة وهى ههنا قائمة فى نفس الحكم أى الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفى الايضاح فى المرهونة اذا قال ظننت أنها تحل لى ذكر فى كتاب الرهن أنه لا يحد وفى كتاب الحدود يحد فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء أصلا فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت ووجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك فى الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهى كالمستأجرة للخدمة ومقتضاه أن يجب الحد وان اشتبه الا أن ملك العين فى الجملة سبب الملك المتعة وان لم يكن فى الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك الا مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل فى سبب الملك صور ومثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض فى البيع الفاسد والتى فيها الخيار للمشترى وينبغى أن يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيد غير ذلك أيضا كالزوجة التى حرمت بردتها أو بمطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يبدأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبى حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبى حنيفة ثلاثة شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها فى المحيط وذكر فى شبهة العقد أن يطأ التى تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وهى أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خمسا فى عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لا حد عليه

حكمية فعلى هذا كان ينبغى أن يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة الا أنه لا يجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشتبه لان ملك المال فى الجملة سبب الملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب الملك فى حق المال فيشتبه عليه أنه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه ووجه رواية كتاب الرهن أنه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه قياسا على ما لو وطئ أمة اشتراها على أن البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك فى الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلاك والجواب عن هذا أن البيع بخيار الشرط انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما علك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له سبب ملك

حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد وأم الولد اذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار فى العدة ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها على حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيه فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب فى سائر الكنايات

عند أبى حنيفة وعندهما يجب الحد (قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) اذ قال تعالى فان طلقها يعنى الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أى فى الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لانه خلاف) بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الائمة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه فى أول كتاب الطلاق من أن اجماع الصحابة تقرر فى زمن عمر على ذلك وأن الاحاديث الواردة فى أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما أسلفناه وصح عن على رضى الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لان محل انتفاء الحل فى الكتاب ما اذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم فى الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن أن نقيس حل الوطء على بعض هذه الاحكام فجعل الاشتباه عليه عذرا فى سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لى أو جارية أجنبية على ما يأتى لانه فى غير موضعه (قوله وأم الولد اذا أعتقها مولاها) وهى فى العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالاجماع) يريد حرمة أن يطأها فى العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع فى حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان (قال أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام لا يحد لاختلاف الصحابة) فى الكناية (فمن مذهب عمر أنها) أى الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود ففى مصنف عبد الرزاق حدثنا الثورى عن منصور حدثنى ابراهيم عن علقمة والاسود أن ابن مسعود جاءه رجل فقال كان بينى وبين امرأتى كلام فقالت لو كان الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع قال فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثا قال ابن مسعود أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة وسأل أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب وأخرج ابن أبى شيبة عنهما فى مصنفه أنهما قالا فى البرية والخلية هى تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها وأخرج محمد بن الحسن فى الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما كانا يقولان فى المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهى امرأته وان اختارت نفسها فهى تطليقة وزوجها أملك بها ومن مذهب على فى خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبى شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث

المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا فى الذخيرة وذكر فى الايضاح وأما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت أنها تحل لى فقد ذكر فى كتاب الرهن أنه لا يجب عليه الحد وذكر فى كتاب الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت (قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه) وهو قول الروافض

مما ذكرناه وقوله (وقد نطق الكتاب) يعنى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شئ أصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون أنه قول على رضى الله عنه (لانه خلاف لا اختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لى) ظاهر وقوله (فى حق النسب) يعنى النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه

وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت أنها على حرام) لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك

وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا أو طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل أحد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلاثا بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف أن تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة يلغز بها فيقال مطلقة ثلاثا وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده) وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذرى عن جابر أن رجلا قال يا رسول الله ان لى مالا وولدا وأبى يريد أن يجتاح مالى فقال أنت ومالك لابيك وأخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله ان أبيه يريد أن يأخذ ماليه فقال عليه الصلاة والسلام ادعه لي فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام ان ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته أو قراباته أو ما أنفقه على نفسي وعيالي قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه أذناه فقال له عليه الصلاة والسلام قلت في نفسك شعرا لم تسمعه أذناك فهاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم أنشأ يقول

غذوتك مولودا ومنتك يافعا * تعل بما أجني عليك وتنهل

اذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت * لسقمك الا ساهرا أتململ

تخاف الردى نفسي عليك وانها * لتعلم أن الموت حتم موكل

كأني أنا المطروق دونك بالذي * طرقت به دوني فعيني تهمل

فلما بلغت السن والغاية التي * اليك مراما فيك كنت أؤمل

جعلت جزائي غلظة وفظاظة * كأنك أنت المنعم المتفضل

فليتك اذ لم ترع حق أبوتي * فعلت كما الجار المجاور يفعل

فأوليتني حق الجوار ولم تكن * علي بمال دون مالك تبخل

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضي باطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطئه والسيد هو جده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية

وعند الزيدية بايقاع الثلاث جملة تقع واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع شئ ويزعمون أنه قول علي رضي الله عنه فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل كقول عمر رضي الله عنه في الكنايات الا أنه قول مهجور يخالف فقول الجمهور فلا يؤثر في ايراث الشبهة في المحل فقد صح عن علي رضي الله عنه أنه يقع الثلاث جملة فيكون ذلك خلافا لا اختلافا أي قولا بلا دليل لا اختلافا ناشئا عن دليل فلا يعتبر (قوله وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) فان مذهب عمر رضي الله عنه في ذلك أنه تقع واحدة رجعية أيضا وابن مسعود رضي الله عنه معه في قوله أمرك بيدك في أنه تقع واحدة رجعية اذا نوى ثلاثا (قوله وولد ولده) أي وان كان ولده حيا وفي خزانة الفقيه أبي الليث رحمه الله اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال علمت أنها على حرام لا

لا يثبت وقوله (وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم اذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها على حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده) يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد

والابوة قائمة في حق الجد قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت أنها على حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لى والفحل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد

ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب أى من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما أراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الاب وما وقع فى نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابى الليث اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبى الليث صرح فى شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فى الكافى وفى المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك فى حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان فى حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق فى الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فى الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد (قوله واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لى فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر يحده لقيام الوطء الخالى عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت حلها لى لا يحد وان قال علمت حرمتها حد (لان بين هؤلاء) أى بين الانسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا فى الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين الانسان وأخيه وعمه على ما يأتى (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أى اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو ابن مولاى أو مولاتى يحل لى أو زوج سيدتى وكذا فى الاخريين (والفحل لم يدع) ذلك لا يحد (فى ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت فى التبع وهى المرأة لانها تابعة فى الزنا فلا تكون متمكنة فى الاصل بخلاف ثبوتها فى جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت فى الاصل يستتبع التبع وأجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد هو دونها أجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة فى الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر

يحد ويثبت النسب (قوله والابوة قائمة فى حق الجد) فى الكافى والجد كالاب لان الشبهة نشأت من جهة الابوة وهى قائمة لكن لا يثبت نسبه عند قيام الاب هذا يخالف ما ذكر فى الخزانة (قوله والفحل لم يدع فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفحل حد لان المرأة تابعة فى فعل الزنا فالشبهة المتمكنة فى جانب التبع لا تعتبر فى جانب الاصل بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن لانه أصل فى الفعل فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد قلنا نعم كذلك الا أن سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبية وأما هنا عدم الوجوب على الجارية

وقوله (وقد ذكرناه) أى فى باب نكاح الرقيق قوله (وكذا اذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لى وقد قدمناه وقوله (فى الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أى لا حد على العبد فى ظاهر الرواية (لان الفعل واحد) فورود الشبهة فى أحد الجانبين يكفى لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هنالك أيضا واحد أجيب بان سقوط الحد فى جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت فى فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر فى الجانب الآخر

وان

(وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد) لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان

لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت انها تحل لي حد) لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطء هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه و يحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا تختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه و بين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أي بعثت (اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي أرسلني اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا وأجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا

باعتبار الشبهة والشبهة اذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين تؤثر في الجانب الآخر لا محالة (قوله وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) أي لا انبساط في المال فلم يكن الظن مستندا الى دليل فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق من مال أخيه وأخته لا يقطع قلنا لان بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استئذان وحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز وأما ههنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الحل ولا شبهة فيجب الحد (قوله ومن زفت اليه غير امرأته) والمزفوفة وان كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا أن الشارع أنزل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا للضرر والغرور ولهذا قلنا بثبوت نسبه كمن اشترى جارية و وطئها ثم استحقت فانه يعتبر الملك كالثابت في المحل لدفع ضرر الغرور وكذا هنا (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله) فان احصانه لا يسقط عنده لانه بنى الحكم على الظاهر

(وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعني قوله لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز وأما ههنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قال (ومن زفت اليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور وكذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح قوله (ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه ووجه الظاهر أن الملك منعدم

(قوله هذا من باب الشبهة في المحل) أقول فيه بحث بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعي والنسفي في الكافي وصاحب الايضاح ألا ترى أن الظاهر انه ان علم انها ليست امرأته يحد وذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس الا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول نعم الا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل النافي للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت) قوله فيه أن القياس كان ذلك الا أنه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور كما يعترف به (قوله ووجه الظاهر الى قوله ولا يقام الحد على قاذفه) أقول فيه بحث

الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان أعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا ان كان دعاها فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور

في ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعاني بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لاما يطلق شرعا بمجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه (وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة) من حبائبها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كما وطئ المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد قال (وكذا اذا كان أعمى) لان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضا (الا اذا دعاها فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل) وجاز تشابه النغمة خصوصا ولم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لانها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه أو ابنته (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها على حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد اذا كان عالما بذلك) (١) وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا أن يفصل بضمير منفصل عن غيره والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففي الكافي للحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا

فقد كان هذا الوطء حلالا له في الظاهر فلا يسقط احصانه ولكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقي اعتبار الظاهر في ايراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا في المبسوط (قوله وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم) أي لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد (قوله فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك) ولو لم تقل أنا زوجتك لكن أجابته بالفعل يحد كذا في الايضاح (قوله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك) أي عالما بالحرمة وان قال

حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله (لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وانما قال (وقالت أنا زوجتك) لانها اذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله) وكل عقد لم يصادف محله يلغو (كما اذا أضيف الى الذكور)

(١) وكان يجب الخ هذا انما يمشي على نسخة وقالا والشافعي بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي

وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد وفي بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها او المجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد أو الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت أنها علي حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي حينئذ أن لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كذا أن ثلاث لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه ونقل عن أحمد واسحق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة أبيه قصرا للحديث الآتي على مورده وفي رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له أين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه وأجيب بان معناه أنه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأه اياها وغير الوطء لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو عن نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه أيضا لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا اجاز فيه أحد الامرين أنه للاستحلال أو أمر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد أنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن

ظننت أنها تحل لي لا يحد عندهما أيضا

(قوله وهذا لان محل التصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف (ما يكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة أن العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده) وهو التوالد ههنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه أصلا أو في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لم لا يجوز أن يكون شبهة في درء الحد فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والغرض وجوده وأولاد أهل الذمة من محارمهم لا تنسب الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه (و) اذا ثبت أن العقد صادف محله (كان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل) بتحريم الشرع في ديننا (فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر)

(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شئ مقدر

شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا كما ذكر وعند
أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أو لا فعندهم لا لان محل العقد
ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه
لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد
وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتامل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا
محليتها أرادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك
في حلها لغيره بعقد النكاح لا لمحليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد
لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول
عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن
النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد
نفي المحلية لعقد الناكح الخاص وأنت علمت ان أبا حنيفة انما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص
ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا ان
نظرنا الى المعنى وهو أن الاصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود ترجح قوله أو الى السمع أعني
محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع مع أنهم انما نفوا عدم الحل ترجحوا وقد رجح قول أبي
حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها
باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق
وكونه لا يعتقد على ظاهره لا يضر لانه مؤول بتاويلين أحدهما أنه آيل الى البطلان باعتراض الولي بان
كان غير كفء والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو
باطل على ظاهره وهو أقرب التاويلين لندرة فسخ ولي بسبب عدم كفاءة من زوجت المرأة نفسها منه وقد
حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي
تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت
النسب ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتنى عليه وجود الحل
من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت
فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته باشد ما يكون وانما لم يثبت
عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده الا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استاجرها ليزني
بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك وأحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما
لو استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود
عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستئجار
للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي
الكافي لو قال أمهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استاجرتك أو خذي هذه الدراهم لاطأك
والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى
الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجلد معه لغفلة المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون
الفرج) بان أولج في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما بين الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لانه منكر)
محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك (قوله

(قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) كالتفخيذ والتبطين

قوله (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (عزر لانه فعل منكر ليس فيه شئ مقدر)

(ومن أتى امرأة فى الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبى حنيفة ويعزر وزاد فى الجامع الصغير ويودع فى السجن وقالا هو كالزنا فيحد) وهو أحد قولى الشافعى وقال فى قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما أنه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو فى معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعى من أحد

ومن أتى امرأة) أى أجنبية (فى الموضع المكروه) أى دبرها (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبى حنيفة ولكنه يعزر) ويسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكمه وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن أحصن ورجما ان أحصن وذكر فى الروضة أن الخلاف فى الغلام أما لو وطئ امرأة فى دبرها حد بلا خلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد اجماعا كذا فى الكافى نعم فيه ماذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعى فى عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة فى الجنة أى هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان كان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ماسبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنهما (وقال) الشافعى (فى قول يقتلان) ففى وجه بالسيف (بكل حال) أى بكرين كانا أو ثيبين وفى قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد وفى قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ويرجم ان كان أحصن ووجه القتل ماروى أبو داود والترمذى وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذى انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق عن عمرو بن أبى عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفى اسناده مقال ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبى صالح غير عاصم بن عمر العمرى وهو يضعف فى الحديث من قبل حفظه وبسند السنن رواه أحمد فى مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخارى عمرو بن أبى عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائى ليس بالقوى وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبى بان عبد الرحمن العمرى ساقط واذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد فى أمره لم يجز أن يقدم به على القتل

(قوله ومن أتى امرأة فى الموضع المكروه فلا حد عليه عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه) وفى روضة الامام الزندويسى رحمه الله الخلاف فى الغلام أما لو وطئ امرأة فى الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف (قوله وقالا هو كالزنا فيحد) أى يرجمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين (قوله ولهما أنه فى معنى الزنا) أى فى المعنى الذى تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان الحد انما وجب ثمة لانه قضاء الشهوة بسفح الماء فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وهى مثله فى هذا بل أزيد فسفح الماء هنا بلغ

قوله (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لانه اذا أتى امرأته أو مملوكته (فى الموضع المكروه) أى الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضا وان كان محرما عليه وبه صرح فى الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم من غير فصل بين محل ومحل (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبى حنيفة ويعزر وزاد فى الجامع الصغير ويودع فى السجن وقالا هو كالزنا فيحد) حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا (وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وقال فى قول آخر يقتلان بكل حال) أى سواء كانا محصنين أو لم يكونا (لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما أنه) أى اللواط (فى معنى الزنا) وقيل أى كل واحد من العمل فى الموضع المكروه وفعل اللواط وفى بعض النسخ انهما فى معنى الزنا (لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء) وهو مناط الحد فى الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات (وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة فى موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك) من الحبس فى أنتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا فى موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا (ولا هو فى معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب) بخلاف الزنا (وكذا هو أندر وقوعا) من الزنا (لانعدام الداعى فى أحد الجانبين) يعنى على ماهو الجبلة السليمة (والداعى الى الزنا من الجانبين) واذا لم يكن فى معناه لا يلحق به دلالة فبقى القياس والقياس فى مثله باطل

الجانبين والداعى الى الزنا من الجانبين

مستمرا على أنه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهما أنه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف فى الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابى حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة اختلفوا فى موجبه فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع اتباع الاحجار فلو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه وأما الاستدلال بقول القائل

من كف ذات حرفى زى ذى ذكر * لها محبان لوطى وزناء

فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت وقول من قال حيث قال قائلهم وذكر البيت غلط وذلك أنه ليس بعربى بل هو من شعر أبى نواس من قصيدته التى أولها

دع عنك لومى فان اللوم اغراء * وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغى تطهير كتب الشرع بعد عن أمثاله وأيضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم فى الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجواز اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذى هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له أب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيشب على أسوأ الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا ليختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شئ من ذلك فى اللواط (وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعى من الجانبين) على الاستمرار بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى أصلا اذ قلما يكون ذلك ولا عبرة بأوكدية الحرمة فى ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان فى المساوى من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوى وقد لا الا ايعاد عقاب الآخرة ۞ وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقى فى شعب الايمان من طريق ابن أبى الدنيا حدثنا عبد الله بن عمر حدثنا عبد العزيز بن أبى حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر أن خالد بن الوليد كتب الى أبى بكر انه وجد رجلا فى بعض نواحى العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم فكان من أشدهم فى ذلك قولا على رضى الله عنه قال هذا ذنب لم يعص به الا أمة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى أن تحرقه بالنار فاجتمع رأى الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدى فى كتاب الردة فى آخر ردة بنى سليم وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبى نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر الى أعلى بناء فى القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقى أيضا من طريق ابن أبى الدنيا وكأن مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك فى اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة فى قوله تعالى أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فمدفوع بأن الفاحشة لا تخص لغة الزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش

(وما رواه) من قتلهما أو رجمهما (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (الا أنه يعزر عنده) أى عند أبى حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال فى الزيادات والرأى فيه الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا أنه استثناء من قوله ولا هو فى معنى الزنا

لانه يتوهم أن يكون ذلك حرثا الولد بعيد به ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء ههنا أبين والمحل انما يصير مشتهى طبعا بالحرارة واللين وأنه مثل القبل فى هذا وتمحض الحرمة ههنا أبين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك ههنا وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه فعن الصديق رضى الله عنه يحرقان بالنار وعن على رضى الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وعن ابن عباس رضى الله عنه ينكسان من أعلى المواضع ويتبعان بالحجارة وعن ابن الزبير رضى الله

وما

ومار واه محمول على السياسة أو على المستحل الا أنه أنه يعزر عنده لما بيناه (ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية وفى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا أنه يعزر لما بيناه والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به

ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف (الا أنه يعزر لما بينا) أى من أنه منكر ليس فيه شئ مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) وكذا اذا زنى بميتة لانه للزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه (ولهذا لا يجب ستره فى البهيمة الا أنه يعزر لما بينا) من أنه مناكر ليس فيه تقدير شرعى ففيه التعزير (والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع) امتداد (التحدث به) كلما رؤيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهى مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان مالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما تؤكل أكلت وضمن عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا تؤكل والمراد بالمروى ماروى أصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها فقلت له ما شأن البهيمة قال ما أراه قال ذلك الا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابى يوسف فى عدم أكلها الا أن المعنى الذى عينه الاصحاب من قطع التعيير أقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبى عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا وأما ابراهيم بن اسمعيل بن أبى حنيفة فقال أحمد ثقة وقال البخارى منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو أنه روى عن عاصم بن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذى يأتى البهيمة حد وهو الذى روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما وتأويله المذكور آنفا ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم

عنه يحبسان فى أنتن المواضع حتى يموتا منتنا وعن بعضهم يهدم عليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد فى موضع النص فكان هذا اتفاقا على أنها ليست بزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن الحاقها بالزنا بالدلالة لانها قصرت عنه فى المعانى الداعية الى شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلا بد من وجود الداعى طبعا ليبعثه على الفعل فيشرع الحد زجرا ألا ترى أن الحد شرع فى شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما داعيا فالرغبة فى الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعى شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فأما صاحبه ينبو عن هذا الفعل على ما عليه الجبلة السليمة فيندر وقوعها فلا يستدعى شرع الزاجر وفى الزنا افساد الفراش واهلاك الولد لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه دونها فتقاصرت عنه فى المعانى الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكون قياسا ولا مدخل له فى الحدود فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا ففى الحديث اذا أتى الرجل فهما زانيان ولانه فاحشة وهى فاحشة أيضا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وقوله تعالى أتأتون الفاحشة فكانت زنا قلنا هى ليست بزنا حقيقة لانه ينفى عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى واتفقت الصحابة رضى الله عنهم انها ليست بزنا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا فى موجبها (قوله ومار واه) أى الشافعى رحمه الله محمول على السياسة لانه أمر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة أو على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك (قوله الا أنه يعزر عنده) لما بيناه وأبو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير هنا لانه ارتكب محظورا وأنه ليس بزنا عنده فيجب التعزير هنا وللامام أن يقتله اذا اعتاد الفاعل أو المفعول به ذلك (قوله ولهذا لا يجب ستره) أى ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا أضمر ولو كان فى الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والدبر (قوله الا أنه يعزر لما بيناه) اشارة الى قوله ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر (قوله والذى يروى أنه تذبح البهيمة) روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فأمر

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية) اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش (و) لا (فى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره) أى ستر فرج البهيمة وانما أضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكميا (الا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل (والذى يروى أنه تذبح البهيمة) وهو ماروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كى لا يعير به الرجل اذا كانت البهيمة باقية (لا أنه واجب)

قال (ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج الينا) وأقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود فى دار الحرب) ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل واحد يعرف انه لا يمكن (٤٦) اقامة الحد فى دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم

وليس بواجب (ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد) وعند الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم

يخالفه وكذا أخرجه الترمذى والنسائى وقال الترمذى وهذا أصح من الاول ولفظه من أتى بهيمة فلا شئ عليه وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبى عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد (قوله ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج الينا) فاقر عند القاضى به (لا يقام عليه الحد وعند الشافعى) ومالك (يحد لانه التزم باسلامه أحكام الاسلام أينما كان مقامه) قلنا سلمنا أنه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضى فقضى باقامته عليه وليس الكلام فى هذا بل فى نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل فى غير محل النزاع فالوجه أن يقال وجب على الامام الاقامة على الزانى مطلقا أينما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود فى دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه فى دار الحرب فلا وجوب والا عرى عن الفائدة لان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لم ينقلب موجباله حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد فى كتاب السير الكبير عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من زنى أو سرق فى دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعى قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو قال وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصارى والى عماله أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين فى أرض الحرب حتى يخرجوا الى أرض المصالحة قال الشافعى ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبى يوسف انه داخل فى الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته فلا يضر على رأى مثبتى المرسل شئ من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن أبى مريم عن حكيم بن عمير به وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار * انتهى أثرا آخر * رواه ابن أبى شيبة أيضا حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد فى أرض العدو وأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدى فى السفر انتهى ولفظ الترمذى فى الغزو وقال

بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا وتاويله أنه فعل كذلك كى لا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية كذا فى المبسوط ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق لما روى عن على رضى الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند أبى حنيفة رحمه الله ولا تحرق بالنار وعند أبى يوسف رحمه الله تحرق يضمن ان كانت لغيره (قوله ثم خرج الينا) وأقر عند الامام (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود فى دار الحرب) أى

وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله فاجلدوا فلا يقبل أجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو أن التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس فى الآية موجود ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزانى والزانية والزنا وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله (ولان المقصود هو الانزجار) يعنى ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وأنث الضمير فى قوله لانها لم تنعقد بتاويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة أو بتاويل الوطأة

تنعقد

(قوله اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك الى قوله وفيه نظر) أقول قوله خصت يعنى بالاجماع كما ذكره السكاكى فيندفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلا الخ) أقول فيه بحث فان الزانى لم يتناوله ولا خروج الا بعد الدخول فاين التخصيص

تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة

الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الاوزاعي يرون أن لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام أقام عليه الحد * واعلم ان مع الاوزاعي أحمد واسحق فمذهبهم تاخير الحد الى القفول وبشر بن ارطاة ويقال ابن أبي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة أهل المدينة ينكرون سماع بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بشر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحرة اه فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه باهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى أرض المصالحة انه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا أظهر الاحتمالين الاول ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انا معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وأيضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان أجيب بانه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطء في غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا أول وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الايجاب انما ذلك لو عجز مطلقا فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلقا بالقدرة ولكنه يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه أن يقال جاز أن يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة أي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآل لان المعلق بالشرط كذلك وحينئذ جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فان الآيات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان أجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه اذا رجع الى دار الاسلام أقامه يدفع بانه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وأيضا قد يقال عليه لا نسلم أن حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا وفرض المسئلة أنه زنى في دار الحرب ثم أقر عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال (ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى المعسكر لا يقيمه ويفيد أنه لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية حينئذ أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم تفوض اليهما الاقامة

وقوله (ولو غزا) ظاهر وقوله (في معسكره) اشارة الى أنه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد (والسرية)

لا يجب لانه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق ولان كل واحد يعرف أنه لا يمكن اقامة الحدود في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد (قوله

قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعمائة وقوله (واذا دخل حربي دارنا بامان) حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند أبي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربيا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية وأما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا تحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول أبي يوسف أولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها لان المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما أن الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي (ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا) فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من أحكامنا أجاب بقوله (بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته) فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو أن يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب (ولابي حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الانصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لانه لما لم يدخل الا طامعا في الانصاف أي العدل لا لاجله على غيره (يلتزم الانتصاف) أي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص

(واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي) يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله يحدون كلهم) وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله أن المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف

(قوله واذا دخل حربي دارنا بامان) وهو المستامن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف أولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة تحد الزانية بها المسلمة والذمية وقول محمد لا يحد واحد منهم وقول أبي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدان جميعا والاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقة عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب وجه قول أبي يوسف أن المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير أنه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف وكف الاذى اذ قد التزمنا له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند اعطاء أمانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا واذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية اذا زنت بمستامن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على

واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية الخ) الخلاف هنا في موضعين أحدهما أن الحربي

(قوله لانه يعتقد اباحته) أقول ونحن مامورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الاباحة الخ) أقول الاولى ان يجاب بان الكف عنهما داخل فيما التزمه لانا أعطيناه الامان على ذلك ولا كذلك الشرب اذ لم يلتزمه كالذمي (قوله وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول ان أراد مطلقا فليس كذلك أو مقيدا فلا يفيد (قوله لانه لم يدخل الا طامعا الخ) أقول دليل على التزامه حقوق العباد

والقصاص وحد القذف من حقوق العباد) فكان داخلا فى الانتصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من

الجواب عن قول أبى يوسف شرع كل منهما فى اثبات ماذهب اليه فقال محمد (الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له

على ماياتى فامتناع الحد فى حق الاصل) فيما اذا زنى الحربى بذمية (يوجب امتناعه فى حق التبع) والا لايكون تبعا فكان خلفا (وأما الامتناع فى حق التبع) فيما اذا زنى الذمى بحربية (فلا يوجب امتناعه فى حق الاصل) والا لكان مستتبعا فكان أصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع فى حق التبع لا يستلزمه فى حق الاصل (وتمكين البالغة من الصبى والمجنون) فانه لايجب الحد عليهما لان الامتناع فى حق الاصل يستلزمه فى حق التبع (ولابى حنيفة ان فعل الحربى المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

(قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول أى فى حقهم قال المصنف (ولابى حنيفة فيه أن فعل الحربى المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات) أقول قال الشارح المراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهى فان الكفار مخاطبون بالعبادات

من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى وفى النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ماسلككم فى سقر قالوا لم نك من المصلين الآية وقال فيه الحرمات تتناول المناهى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله تعالى لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان وترك الصلوات

والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على مانذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع أما الامتناع فى حق التبع لا يوجب الامتناع فى حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبى والمجنون ولابى حنيفة رحمه الله فيه ان فعل الحربى المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

ماسنذكره فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى التبع بخلاف امتناعه فى التبع لا يوجب امتناعه فى حق الاصل أى دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونها وفى تمكين البالغة الصبى أو المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا امكنت من فعل موجب له وفعل الحربى ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابى حنيفة ان فعل المستامن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا فى حق أحكام الدنيا على ماهو المختار بخلاف قول العراقيين الا أنه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب

المستامن أو الحربية المستامنة اذا زنيا لم يحدا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يحدا والثانى أن تمكين المسلمة أو الذمية من المستامن يوجب الحد عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب أما الكلام فى الاول فالاصل عند أبى يوسف رحمه الله ان كل الحدود تقام على المستامن والمستامنة فى دارنا الا حد الشرب وعندهما لا يقام على المستامن شئ من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبتنى على الولاية والولاية تبتنى على الالتزام اذ لو ألزمناه عليه حكما بلا التزامه لادى الى تنفره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة تحمله الى ذلك على الدخول فى دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم وأما فى الثانى فالاصل أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه لم يؤثر فى حق الرجل اجماعا فاما اذا لم ينعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لامانع منها وان كان فعلها موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا عن وجوب الحد عليها عند أبى حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهى محل الفعل والمحال فى حكم الشروط فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعقد فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا تحد وأما الامتناع فى حق التبع لا يوجب امتناعه فى حق الاصل نظيره زنى عاقل بالغ بصبية أو مجنونة فانه يحد البالغ لكونه أصلا وزنى صبى أو مجنون ببالغة عاقلة فانها لا تحد لكونها تابعة ولابى حنيفة رحمه الله أن فعل المستامن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف بعد الاسلام لا يلزمه الحد فصارت هى زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبى والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمات وان لم يخاطب باداء ما يحتمل السقوط من العبادات ألا ترى أن الذمى يلزمه الحد ولا يجب قبل الخطاب فثبت أن الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمات وانما لم يقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهو الالتزام لا لخلل فى فعله فصار كانه زنى ثم غاب والمرأة تابعة فى نفس الفعل دون حكم الفعل ألا ترى أن الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجلد الرجل وترجم المرأة ولا يصير ذلك شبهة فى حقها بخلاف الصبى والمجنون لانهما لا يخاطبان فلم يكن فعلهما زنا (قوله لانه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح) وان لم يكن مخاطبا بالشرائع واسم الحرمات يتناول المناهى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلاة والصوم فان الكفار مخاطبون بالعبادات من

على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه بقوله تعالى ثم أبلغه مامنه واذا كان
كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضى
وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي
فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم (قوله على ماهو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله (وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا) اشارة الى قول بعض أصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله (بخلاف الصبي والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد

على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا تحد قال (واذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو

الحد عليها وصار كما لو مكنت مستأمنا فهرب تحد هي لان المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا أو مجنونا لانهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا ونظيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد (قوله واذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وان زنى صحيح) أي عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لا يوجب سقوطه من جانبها (وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها انقضاء شهوتها بالة وقد وجد ألا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا أن فعل الزنا انما يتحقق منه) لان أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وانما هي محل ولهذا يسمى هو

حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة قال الله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية قيل في التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلاة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة أي يقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة في الآخرة فاما في وجوب الاداء فلا يعاقبون في أحكام الدنيا ومذهب العراقيين من مشايخنا أن الخطاب متناول لهم أيضا والاداء واجب عليهم فانهم لا يعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على أنهم يعاقبون في الآخرة على الامتناع من الاداء في الدنيا ولان الكفر رأس المعاصي فلا يصلح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم أن سبب الوجوب متقرر في حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم في حقهم وصلاحية الذمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود في حقهم فلو سقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك ولا معنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو أدى لم يكن معتدا به لانه متمكن من الاداء بشرط أن يقدم الايمان والخطاب به ثابت في حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من أداء الصلاة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من أداء الصلاة ويتوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جان في ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه بسبب جنايته ألا ترى أن زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات فسبب الكفر أولى ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات (قوله على أصلنا) اشارة الى قول بعض أصحابنا

لا تحد قال (واذا زنى الصبي أو المجنون) صورة هذه المسألة ظاهرة وقول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين واطئا بالآخر قالا (العذر من جانبها) كما في صورة الاجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها) والجامع أن كلا منهما مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفا والحمد فلا حاجة الى التكرار

والصور انتهى (قوله وقوله على ماهو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول فيه بحث اذ ليس في قول المصنف لانه مخاطب

واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق) أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زنا هاوالزنا فعل من هو منهي عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة اقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أولا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا تحد به والله أعلم ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما انه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها وأورد أنه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما اما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الامر وصح الامر منها ولايتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها العدم ولايتها وفي المكرهة عدم الامر أصلا فكان الايجاب مفيدا وأما يراد أن القاعدة ان

ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعي رحمه الله مخاطبون بها بناء على أن الشرائع عنده من نفس الايمان وهم مخاطبون بالايمان فيخاطبون بالشرائع وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع (قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة) فلم تمكن المرأة

واعترض عليه من وجهين أحدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لا يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني أن الصبي أو المجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لان الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين اما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة وأجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط أخر و يلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته خلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر

بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتامل (قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما الخ) أقول في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تامل فان ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز (قوله والثاني أن الصبي الخ) أقول لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقرر عندهم من أن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتامل في التوجيه (قوله لان الوطء لا يخلو الخ) أقول أي في دار الاسلام (قوله لا يلزم من احصان الزاني) أقول الاظهر أن يقول لا يلزم من عدم احصان الزاني عدم احصان المزنية و يلزم من عدم تحقق الزنا من الواطئ عدم تحققه من الموطوءة لانها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الاحصان كما لا يخفى (قوله وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر الخ) أقول خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لا يخفى

قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا

كما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستامن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحد وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطواعية) فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل أثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد اجماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له اذ يكون معه ويكون طبعا القوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل (فان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين أحدهما ان يقر الرجل في اربعة مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا حد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت

مزنيا بها كالمضروب والمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضربا وقتلا وفعل الصبي والمجنون لا يكون زنا ولا يكون موصوفا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كي لا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهي في حقهما فثبت في حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغا عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة أو صبية يكون مزنيا بها لوقوع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاقبة بعد أن يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا فيه (قوله وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فالسلطان كان في زمنه له قوة وغلبة بحيث لا يجاسر أحد على اكراه غيره وفي زمانهما ظهرت القوة أيضا لكل متغلب فيتحقق الاكراه من غير السلطان فافتى كل منهم بما عاين وفي زماننا ظهرت القوة أيضا لكل متغلب فيفتى

من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة أو صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا اذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر

(قوله فلا يفيد الايجاب) أقول أي ايجاب المهر (قوله اذ ليس لولي الصبي الخ) أقول وكذا الحال في المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون بنت شفقة مع انه مذكور في السؤال أيضا (قال المصنف لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة) أقول أي للعالم وهذه غير داخلة في الشبهة المنقسمة الى القسمين اذ المراد منها كان شبهة الوطء

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح أجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبمجرد دعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما أن يكون مصدقا أو مكذبا فان كان الاول أثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) انما وضع المسئلة في الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد (٥٣) والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح أن تكون ملكا للزاني عند أداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة

(قوله فاذا تحقق الملزوم) أقول يعني سقوط الحد (قال المصنف فيوفر على كل واحد منهما حكمه) أقول ذكر واحدا وضمير حكمه على تأويل الجناية بالتعدي أو لان الجنايتين هنا الزنا والقتل قال العلامة الزيلعي لا يقال انها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا فيدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل فصار كمن شرب خمر ذمي فانه يحد ويضمن قيمة الخمر الذمي لما قلنا انتهى وأجاب في النهاية أيضا بان الوطء غير موضوع لازهاق الروح فلما وجد في المحل الخالي عن أحد الملكين كان زنا عند وجوده ولا ينقلب قتلا اذا اتصل به الموت بخلاف القطع لانه سبب للموت لكونه جرحا والجرح سبب للموت فاذا اتصل به الموت صار قتلا من الابتداء لكونه علة العلة كما في الرمي كان قتلا من وقت الرمي اذا اتصل به زهوق الروح وان تخللت الوسائط لكونه موضوعا للقتل ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصر قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الاضافة اليه وان صار سببا هنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى والتعويل عندي على جواب الزيلعي

حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه

الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن حد أو عقر فلزم لها المهر وان ردته الا أن تبرئه منه واعلم أن وجوب المهر هو فيما اذا كانت الدعوى قبل أن يحد المقر فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة ثانيهما أن يقر أربعا كذلك انه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا أعرفه أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فاورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما أقر بالزنا مطلقا انما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت وأقرت أربعا حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار أصل الفعل أولى قلنا نصا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روى أن رجلا أقر بالزنا أربعا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أي بفعل الزنا (فانه يحد وعليه قيمتها) وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا وتجب عليه الدية وقوله

بقولهما (قوله وعليه المهر في ذلك) فان قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها أنها زانية ولا عقر لها قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من

وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع

(وعن أبي يوسف انه لا يحد) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الامالي ان هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لا حد عليه وحيث نقل قول خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول لمحمد فيها وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد لانه لو قال لا قول له بان توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه قول أبي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بان زنى بجارية حنت عليه فدفعت اليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند أبي حنيفة يحد في الكل وقال أبو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء أو النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالعقما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما ليثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق ولم يعقد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وما ل هذا التقرير الى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع لان الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتنزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لان الملك ثمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة) أي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت أولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد أن يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب أن لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد أجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله كجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد يحد خلافا لابي يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه

الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة

(ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم) والدم لا يملك ويمكن ان يفسر بهكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك وقوله (ولو كان يوجبه) يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لان المستند لا يظهر في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض در أي في باب الحدود وأجيب بان التبين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله (وهذا بخلاف ما اذا زنى بها) جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها أبو

يوسف كما قدمناه وتقريره أن الزاني بالضمان

ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة قال (وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه

(قوله وكل شئ فعله الامام الذي ليس فوقه امام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا يؤاخذ به الا القصاص والمال) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤاخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا أنه شرط وأورد عليه ما المانع من أن يولي غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير أنه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد أو حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا تخلص الا ان ادعى أن قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الامام أن يجلد غيره والله أعلم وقد

فاذا توهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل (قوله لانه ضمان دم) وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال فلا يكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجناية بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للتملك ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين لا في منافع البضع لانها استوفت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة بخلاف ما اذا أذهب عينها بالزنا حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك ثبت في الجثة العمياء وهو عين فاورث شبهة دارئة للحد اذ العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك في الجارية المقتولة ضروري ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة ولان في الجارية المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك في الجارية وهو الضمان لا وجود الملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت في الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة الملك في الجارية العمياء يثبت في المنافع المستوفاة منها شبهة الملك فعند شبهة الملك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة في المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها (قوله ولا يمكنه أن يقيمه على نفسه) لانه لا يفيد لان فائدة الاقامة الزجر والزجر

يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل ولقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى أعني المنافع لكونها معدومة وأما اذا نظرت الى أصل الجواب وهو قوله به ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين يملك فانه صحيح ويجوز أن يقال بالنظر الى التنزل أيضا بان الملك وان كان ثابتا فيه أيضا لكن فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا أصلا (وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام) وفسره أبو الليث بالخليفة (فلا حد عليه الا القصاص فانه

يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره) قال صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد لانه حق العبد والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه

(قوله لئلا يشترط الوجود) أقول حين التبين (قوله كما في الحيض الخ) أقول قد سبق في باب اليمين في العتق والطلاق (قال المصنف فاورث شبهة) أقول أي شبهة كون منافع البضع في ملكه وأما في محل النزاع ففي الملك أيضا شبهة فالثابت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له (قوله وأما حد القذف فالمغلب

لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

يقال أين دليل ايجاب الاستتابة والله سبحانه أعلم

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

قدم أن الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضي لاعدامه وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وأيضا لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضي الله عنهم (قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) فقوله متقادم اسناده في الحقيقة الى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لانها صفة للنكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الاعذار التي يظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة وهي قوله (واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال فان أقر هو بعد حين بذلك أخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره (والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي) وفي العبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل الشافعي والآخرين بالحاقه

باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه أو يقول أن الشرع ما جعل من عليه نائبا عنه فانعدم المستوفي فقلنا بانه لا يجب (قوله والقصاص والاموال منها) أي من حقوق العباد فبهذا يعلم أن اشتراط قضاء القاضي في القصاص لتمكين الولي من استيفائه لا لأنه شرط لا يجوز بدونه والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام) هذا من صورة المسئلة لا من حكمها أي شهدوا بحد متقادم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام فمنعهم عن أداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقادم الزمان وانما أعاد لفظ الجامع الصغير في الكتاب لزيادة ايضاح في لفظه وهي تعديد ما يوجب الحد صريحا بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم ذكر في المبسوط لم أحد بشهادتهم المشهود عليه ولا أحدهم أيضا أي حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا (قوله

امام يستوفيه والله أعلم

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار وأخر الشهادة ههنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكتاب في غاية الندرة قال (واذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح وهي تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود أيضا حد القذف في الشهادة بالزنا

فيه الخ) أقول وسيجيء في باب حد القذف

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(قوله قد ذكرنا أن ثبوت الزنا) أقول في أوائل كتاب الحدود (قوله وأخر الشهادة ههنا) أقول أي فيما يتعلق بالرجوع والا في كتاب الحدود بين الشهادة أولا ثم الاقرار والرجوع عنه وأيضا الاقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد وايضا المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة بخلاف الاقرار

والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذى هو احدى الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير

بالاقرار لانهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أى متهم وذكر محمد عن عمر رضى الله عنه فى الاصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور باحد أمرين الستر احتسابا لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث فى ذلك أو الشهادة به احتسابا بالمقصد اخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فاحد الامرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لان كلا من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخى فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه باحد الامرين اما الفسق واما تهمة العداوة لانه ان حمل على أنه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم أخره لزم الاول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثانى وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفى القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم فى السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فبالرجوع الى الحد لا تشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا تنفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا تقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها أنه اذا شهدوا بها على انسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى لما فيه من حق الله تعالى وفى القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعى كما فى حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذى كان عنده أو ملكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا أخر رددناه فى حق الحد لا المال بل ألزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة أو قبله وهى غائبة لا يدرى جوابها يحد ولا يستأنى بالحد لان الثابت هنا شبهة الشبهة ولا تعتبر وفى السرقة لا تثبت أصلا الا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت فى غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال أن يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم وأجاب ثانيا بان بطلان الشهادة

خلافا للشافعى رحمه الله هو يعتبر الشهادة فى الحدود بالاقرار فى أن التقادم لا يمنع فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة فى أن التقادم يمنع من قبولها وفى المبسوط وان أقر بزنا قديم أربع مرات أقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من أصاب من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله تعالى ولكنا نستدل بآخر الحديث حيث قال ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد أبدى صفحته باقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ما ذكر فى الكتاب (قوله وانا أن الشاهد مخير بين الحسبتين) أى بين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهى الاجر

لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهى الاجر والجمع الحسب

(قال المصنف والاصل فيه أن الحدود الخالصة الى قوله هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الخ) أقول أى بشهادتها فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالاقرار

وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله (ولان الحكم يدار) جواب آخر وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده وقوله (ولان السرقة) جواب آخر و وجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لانها توجد في ظلم الليالي غالبا (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد

(قال المصنف وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا) أقول فيه بحث فان وجوب أداء الشهادة في الحدود وقد انتسخ فكيف يصير بالتاخير فاسقا وفي الكافي وشرح الزيلعي أيضا وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتاخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتاخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اه ولا يخفى عليك ان أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخا بخلاف حقوق العباد فيجب فانه واجب فيه فظهر الفرق فتامل في جوابه فانه يمكن أن يقال بعد اختيار الاداء يصير واجبا كما في النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول والاوجه أن يوجه السؤال بانه لو صح ما ذكرتم لزم أن تسمع الشهادة

ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك

بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه فاقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس الا التهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة أمر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال قاضيخان انما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود ولان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضي بالمال دون القطع اه فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة أما لو أخروا الا لتاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله (ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك

والجمع الحسب كذا في الصحاح (قوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد) هذا جواب اشكال يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو أن يقال الشهادة المتقادمة على السرقة تبطل ولا صحة لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشترط للحد لانه خالص حق الشرع وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجيء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صاروا متهمين وفي حد القذف لا تقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحبس كما في القصاص ولان الشهادة بسرقة متقادمة بطلت لبطلان الدعوى اذ المدعي مخير بين أن يحتسب بدعواه اقامة الحد فيبذل ماله في ذلك ليقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين أن يختار الستر فيدعي مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا أخر دل على أنه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه الا أن التهمة تعتبر في القطع لا في المال فيقضي بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة (قوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد) يعني اعتبر بالتقادم تهمة فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمة الشيء

(فيجب على الشاهد اعلامه) فاذا كتمه صار آثما وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر وقوله (لان الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء)
لان المقصود من القضاء فى حقوق العباد اما اعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان
يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء وأما الله تبارك وتعالى فى حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى فى الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى (واختلفوا فى حد التقادم وأشار فى الجامع الصغير الى ستة

فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود واختلفوا فى حد التقادم وأشار فى الجامع الصغير الى ستة

فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما) يقتضى أن ترد فى حق المال أيضا للفسق لكن ما ذكر من أنهم اذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل فى حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضى فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه) وقول زفر هو قول الائمة الثلاثة لان التأخير بعذر هرب به وقد زال العذر (ولنا أن الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت فى نفس الامر استنابته تعالى الحاكم فى استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء أو هو وهنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه فى حقوق غيره تعالى فانه فيها الاعلام من له الحق بحقيته حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو فى حقوقه تعالى استيفاؤها واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره اجماعا وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذى هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام فى معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هى قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل فى ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلى هذه القولة ما فيه زيادة ان شاء الله تعالى (قوله واختلفوا فى حد التقادم وأشار محمد فى الجامع الصغير الى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم فى الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف فى ذلك فانما

تراعى فى جنسه ولا تراعى فى كل فرد من أفراد الجنس كما قلنا فى السفر والاستبراء وشرعية النكاح اذا الفرد ملحق بالجملة وفى الجملة التأخير فى حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان فى هذا الفرد غير مورث لاجل الدعوى لكن لما كان القطع عن حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول الحاقا للفرد بالجملة (قوله لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود) لان القضاء اما أن يكون لاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور فى حقوق الله تعالى وكان المعتبر فى حقوق الله تعالى هو النيابة فى الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء وذكر فى الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود أو اقداره على استيفاء ما ادعاه وفى الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له فى باب الحدود هو الله تعالى قال وأقيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية ونائبه القاضى وأنه يستفيد العلم بالشهادة فلا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضى بدون تلفظ به

بالسرقة المتقادمة (قوله فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى) أقول وذكر فى الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو اقداره على استيفاء ما ادعاه وفى الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له فى باب الحدود هو الله تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضى وانه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضى بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء كذا فى نسخ النهاية وأما فى معراج الدراية ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسياق كما لا يخفى ثم قال الكاكى ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء فاذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حالة الاستيفاء كما كان شرطا حالة القضاء اجماعا ولم يبق بالتقادم الشهادة

أشهر فانه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوى وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك) نقل الناطفى فى الاجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف
جهدنا على أبى حنيفة أن يوقت فى ذلك شيئا فأبى وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن
أبى حنيفة) ذكر فى المجرد قال أبو حنيفة لو سال القاضى متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر
درئ الحد قال الناطفى فقد
قدره على هذه الرواية بشهر
وهو قول أبى يوسف ومحمد
أصله مسئلة الدين حلف
ليقضين دين فلان عاجلا
فقضاه فيما دون الشهر بر
فى يمينه وقوله (وهو الاصح)
يعنى تقدير التقادم بشهر
وقوله (وهذا) أى الذى
قلنا من تقدير التقادم بشهر
(اذا لم يكن بين القاضى
و بينهم مسيرة شهر أما اذا
كان فانها تقبل لان المانع
بعدهم عن الامام فلم تحقق
التهمة) قال (واذا شهدوا
على رجل أنه زنى بفلانة
وفلانة غائبة فانه يحد) وكذا
اذا أقر بذلك (وان شهدوا
أنه سرق من فلان وهو غائب
لم يقطع والفرق أن بالغيبة
تنعدم الدعوى) لانها
لا تصح على الغائب (وهى
شرط فى السرقة دون الزنا
و بالحضور يتوهم دعوى
الشبهة ولا معتبر بالموهوم)
لانه شبهة الشبهة فالمعتبر هو
الشبهة دون النازل عنها لئلا
ينسد باب اقامة الحدود
وبيان ذلك أنها لو كانت
حاضرة وادعت النكاح
سقط الحد لمكان شبهة
الصدق مع احتمال الكذب
فاذا كانت غائبة كان الثابت
عند غيبتها احتمال وجود
الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال (وان
أن يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر وأقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غائبا تثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته

أشهر فانه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوى وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضى و بينهم مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تحقق التهمة والتقادم فى حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتى فى بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا و بالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

يوقف عليه بنظر نظر فى كل واقعة فيها تاخير فنصب المقادير بالرأى متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان ما دونه عاجل) على ما فى مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث (وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الاصح) ومأخذ هذه الرواية مما فى المجرد قال أبو حنيفة لو سال القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر درئ عنه قال أبو العباس الناطفى فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد (وهذا) أعنى كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها (اذا لم يكن بينهم و بين القاضى مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة) فقد نظر فى هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة فى كل فرد الا أن يقال اذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه هذه الموانع من الشهادة و يجاب بان هذا رجوع فى المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق فى غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستاتى هذه المسئلة ان شاء الله تعالى (قوله واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهى غائبة فانه يحد) أجمع الائمة الاربعة عليه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل باجماعهم لحديث ماعز فانه أقر بغائبة على ما تقدم ذكره ووجهه عليه الصلاة والسلام ونقل أبو الليث عن أبى حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعى ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول (وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط فى السرقة) للعمل بالبينة

قادر على الاستيفاء (قوله وأبو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر فى ذلك وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر لان نصب المقادير بالرأى لا يمكن وعن محمد رحمه الله أنه قدره بشهر) وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله فقال أحسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل أصله مسئلة اليمين اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر فى يمينه (قوله ولا معتبر بالموهوم) لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى و بحقيقة الدعوى تثبت لان دعواها تحتمل الصدق والكذب و بالاحتمال تثبت الشبهة وهى غير معتبرة اذ اعتبارها يؤدى الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدى الى انسداده يكن مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث فى شبهة الشبهة فان قيل العفو اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب لا يتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله

(قال المصنف وهى شرط فى السرقة) أقول القطع لا للشهادة حتى ينافى ما مر آنفا

(وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وان أقر بذلك حد) لانه لا يخفى عليه أمته أو امرأته (وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت

لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة أجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والا أدى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة أو الاقرار والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال أربعا حد وليس كذلك (وان أقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته) فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وان شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة (وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما أي الفريقين وعليه قوله (وتفرد أحدهما بزيادة جناية) أي تفرد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هي الاكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة ولابي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه

يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة (قوله لانه لا تخفى عليه أمته أو امرأته) فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا اشتبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم أعرفها أي بوجهها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فجعل هذا كالمنصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز أن يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز أن يشهد على الغير كاذبا فيتهم فيها فتبطل الشهادة (قوله اختلاف المشهود عليه) أي المشهود به وبيان اختلاف المشهود به ان أحد الفريقين أثبت فعل المكره والفريق الآخر أثبت فعل غير المكره ولا شك بان فعل المكره يغاير فعل غير المكره أو أثبت أحد الفريقين كل الفعل من الرجل لانه لا فعل للمكرهة حقيقة اذ هي محل الفعل وكذا حكما لانه لا اثم والفريق الآخر أثبت الشركة بينهما في الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة وليس على

(وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لان الظاهر من حال المسلم أن لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم (وان أقر بذلك) أي بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لانه لا يخفى عليه امرأته أو أمته وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أي لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه وبخلاف جانبها) فان الموجب لم يتحقق (لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت

لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها وانما سقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين فى ذلك (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة

اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل أى الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان و واحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من اقوى الشبهة اه ولا يخفى أن المؤثر فى اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر فى الحكم لان حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحده عندهما ولا فائدة لابى حنيفة فى ايراد هذا الكلام بل الذى يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد فى المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو أمر مفروض فرضا لا فائدة فيه أصلا ولذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر فى الكافى فقال وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أى على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف فى جانبها فيكون مختلفا فى جانبه ضرورة يعنى أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل فى الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق فى الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه أى وجوده بهما (قوله ولان شاهدى الطواعية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم وكان مقتضاه أن يحدا حد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان فى حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهما فى حقها سقطت فى حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار فى سقوط حد القذف يحتاج اليه عندهما على ما ذكر فى جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند أبى حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك يخرج كلامهم عن كونه قذفا كما فى المسئلة التى تلى هذه وأما عندهما فلان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدى الاكراه أسقطاه الى آخر ما ذكرنا (قوله وان شهد اثنان الخ) أى شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها

أحدهما نصاب الشهادة (قوله ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها) بالزنا فكانا خصمين فى اثبات ذلك الزنا لدفع جناية القذف عن أنفسهما ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت وهى مكرهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام أربعة شهداء على مسمى الزنا ففات شرطه (قوله فى ذلك) أى فى اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه (قوله نظرا الى اتحاد الصورة) أى صورة نسبة الزنا والمرأة أى واتحاد المرأة لان الكلام فيه

لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب فى حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب فى حق الرجل عند وجود الموجب فى حقه كما فى وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة (ولابى حنيفة أن المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما فى الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله (ولان شاهدى الطواعية) دليل آخر وتقريره لان شاهدى الطواعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضى اقامة حد القذف على شاهدى الطواعية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها) لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر وقوله (خلافا لزفر) يعنى انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دارئة فى الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة

وان

(وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون وقلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا الامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل أن في الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود قال قاضيخان وكلامنا أظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة (قوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا) أعني حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغير اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن أنه اليه أقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فكان كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى أخرى بتحركهما عند الفعل وأما ما قيل فانهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بعيد لان ذلك أيضا قائم في البلدتين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه

فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم أربعة وهي نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف (قوله معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية) أي في غير الزاوية التي شهد بها الاثنان الآخران (قوله وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن) ولا يقال بان هذا احتيال لوجوب الحد لانا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصرين ولان التوفيق في باب الحدود مشروع ألا ترى أنه لو شهد أربعة على رجل انه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم زنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع أن احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا أربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها زنا على حدة وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود به فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فبجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه هنا قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف

في زعمهم نظر الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر ولا يقال ان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال للدرء لا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بان يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع أجيب بان كل ما ذكر في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون اكراها من أوله الى آخره وبين أن يكون أوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله الى آخره اكراها أو أوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا

(قوله في زعمهم نظر الخ) أقول فيه تأمل (قوله قيل والحاصل) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول أي انها شهادة صورة وان لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بان ذلك احتيال الخ) أقول سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه (قوله أجيب بان كل ما ذكر الخ) أقول ويجوز أن يفرق أيضا بان الطواعية داخلة في صاب الشهادة ولهذا يسالهم الامام عن الكيفية كما صرحوا به بخلاف زوايا البيت فانه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بامكان التوفيق فيما ليس داخلا فيها صونا للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الامكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظرا للمشهود عليه ورعاية لجانبه فليتأمل

(وان شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه أجيب بان التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه أجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول ما اذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والهزال أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا (قوله ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة) بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على أحد منهم أما عنهما فالتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين) اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك وأما في الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لا أنه يخص آن ظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة أيام امارته على الكوفة فقالت والصليب ما في رغبة لجمال ولا كثرة مال انما أراد أن يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فاي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال في ذلك

أدركت ما منيت نفسي خاليا * لله درك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة (١) دهيه * ان الملوك ذكية الأذهان

اني لحلفك بالصليب مصدق * والصلب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه وبسالها وماعن حالها فقالت

منصوصا عليه أيضا ألا ترى أنه لو شهد الاثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان أنه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة وكذلك اذا شهد اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أحمر وشهد اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أصفر وكذلك اذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهزال فان قيل التوفيق ممكن في مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طواعية فلم يحمل على هذا احتيالا لقبول الشهادة قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين أن يكون في هذه الزاوية من البيت أو في تلك الزاوية فيصار الى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقة وحكما أما المشهود به في مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق (قوله بالنخيلة عند طلوع الشمس) النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجيم تصحيف يعني بجيلة لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لان دير هند أيضا موضع قريب من الكوفة وأما ضم الباء فتحريف أصلا كذا في المغرب (قوله وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند) أي في يوم واحد (قوله درئ الحد عنهم) أي عن المشهود عليهما وعنهم أي

قال (واذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) النخيلة تصغير نخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لانه اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله (فلاحتمال صدق كل فريق) يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف

(١) دهيه بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء أي المكر ووقع في النسخ ذهنه بمعجمة ونون وهو تحريف فليحذر كتبه مصححه

وقوله (درئ الحد عنهما وعنهم) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما وأما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود

(وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة أن النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فانهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف

فبينا نسوس الناس والامر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فاف لدنيا لا يدوم نعيمها * تقلب تارات بنا وتصرف

ذكر هذا ابن الشجري في أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضي التي أولها

مازلت أطرق المنازل باللوى * حتى نزلت منازل النعمان

عند قوله

ولقد رأيت بدير هند منزلا * ألما من الضراء والحدثان

أغضى كمستمع الهوان تغيبت * أنصاره وخلا عن الاعوان

بالي المعالم أطرقت شرفاته * اطراق منحزم القرينة عاني

وذكرت مصحبها الرياط بجوه * من قبل بيع زمانها بزمان

وبما تردعلى المغيرة دهيه * نزع النوار بطيئة الاذعان

والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت عن القبيح (قوله وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر (درئ الحد عنهما) أي عن المشهود عليهما بالزنا (وعنهم) أي ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولي الشافعي وأحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال ان لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أولا لا بد أن تورث شبهة بها يندرئ ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا أو لكذبهن (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الاصل أن

عن الشهود (قوله والعبد ليس باهل للتحمل والاداء) أي ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبدين أما لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته (قوله لان الزنا يثبت بالاداء) أي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا أداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وذكر

وقوله (فان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) ظاهر وقوله (لان الزنا يثبت بالاداء) أي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة وقوله (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل) يعني بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا فالامر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الاداء لانه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت ألا ترى أن العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الامام قاضيخان أن الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما

(قال المصنف وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) أقول العميان

والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم والعبد ليس من أهل التحمل والاداء والفاسق من أهل التحمل والاداء (قال المصنف لان الزنا يثبت بالاداء) أقول أي عند القاضي كما فسر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود الزنا يثبت بالبينة والاقرار حيث قال والمراد ثبوته عند الامام فراجعه

الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع

الشهود باعتبار التحمل و الاداء أنواع أهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهما على وجه القصور كالفاسق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار وأهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أولا فلا والثالث لا شهادة له أصلا حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف هذا ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أي العميان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحدف قطعن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فاقل (حدوا) حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة رضي الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم أمهم سمية وأما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في أنه قذف وانما يخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا يعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ) حاصلها أنه اذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا أو محدودا في قذف أو أعمى أو كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ أقل من أربعة ومتى كانوا أقل حد واحد القذف ثم قال أبو يوسف ومحمد أرش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال أبو حنيفة رحمه الله لا شئ عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف (وعلى هذا اذا رجع الشهود) يعني بعد ما ضرب فجرح أو مات (لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون) أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظا وعلى هذا

الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه و لكلام يبتنى على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف (قوله وعندهما يضمنون) أي أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات (قوله فيضمنون بالرجوع) لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد) فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرش الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

تجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابى حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الالمعنى فى الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح كى لا يمتنع

هنالان مثله يقال اذا كان الخلاف فى المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو أن الارش والدية فى بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شئ وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شئ وقال الشافعى ومالك وأحمد الارش والدية على الحاكم (قوله لهما أن الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف) الجرح والموت (الى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة فى شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه أو مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا وأما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا أو محدودا الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه وفيه يكون الضمان فى بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التى لحقته بسبب عمله لهم فى مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا الخ فى بيت المال اتفاقا (قوله ولابى حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما فى اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد الى الشهود ولا القاضى بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضى لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم فى مالهم لان الغرم بالغنم أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون فى بيت المال بل يقتصر على الجلاد (الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضى لتثبت فى بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب وقوله فى الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام فى مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل

وجدوا أو أحدهم عبدا أو كافرا أو محدودا فى قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم يتبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود فى القذف قد يكونون عدولا فى قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما تثبت بقضاء القاضى الا أنه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضى أيضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة ولابى حنيفة رحمه الله أن الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المامور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما أفضى اليه الشهادة وما أفضى اليه الشهادة لا ضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما ورث لان الارث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لا يتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب فى الصحيح كى لا تتعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لما ذكرنا أنه لم يظهر كذبهم فى الشهادة (قوله وصار كالرجم والقصاص) فانه لو شهد الشهود فرجم أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية وأما اذا ظهر أحدهم عبدا فى القصاص والرجم تجب الدية فى بيت المال (قوله الا أنه لا يجب الضمان عليه فى الصحيح) ذكر فى مبسوط فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال قائل يجب الضمان

قوله (فصار كالرجم والقصاص) يعنى اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه أبى حنيفة ظاهر وقوله (فى الصحيح) يعنى فى الصحيح من الرواية وذكر فى مبسوط فخر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمامور بهذا الوجه لانه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر فى كتاب الايضاح فى هذه المسئلة لابى حنيفة وجها حسنا وهو أن الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجب وجود الضرب

(قال المصنف فصار كالرجم والقصاص) أقول وقد سبق آنفا وسيجىء فى آخر باب التعزير كلام يتعلق بهذا المقام (قال المصنف الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) أقول قال الاتقانى استثناء من قوله فيقتصر عليه وهذا جواب سؤال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغى أن يجب عليه الضمان وهو القياس فاجاب عنه وقال لكن لا يجب عليه الضمان فى الوجه الصحيح وهو الاستحسان كى لا يمتنع الناس اهـ وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية)

لاموجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان (قوله اذهم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمة مقام الاصل فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذى تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الاصول وفى الموضع الذى ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله (ولا تحد الشهود) يعنى الاصول والفروع (لان عددهم متكامل) والاهلية موجودة (وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل فى الفروع وشبهة الرد فى الاصول (وهى كافية للدرء لا لايجابه) لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح وقوله (لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت) يعنى لان حد القذف لا يورث (وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى) وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا أقل من ايراث الشبهة والحد يسقط بها

(قال المصنف لما فيها من زيادة الشبهة) أقول يعنى أن فى جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها تحملت لئلا يلزم انسداد باب الحدود وفى الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضا ففيها زيادة الشبهة ولا تحمل (قال المصنف ولا ضرورة الى تحملها) أقول يعنى أن الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ولا حاجة اليها هنا لان الحدود يحتال للدرء لا لاثباتها ولنا (قال المصنف وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة) أقول عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فمذهب جميع علمائنا لانه بقى من يبقى الخ يأما الحد فمذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى

الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة فى ذلك المكان لم يحد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع فى عين هذه الحادثة اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعى يجب القتل دون المال بناء على أصله فى شهود القصاص وسنبينه فى الديات ان شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة

فاذا وجد فعله على هذا الوجه جرح متعديا فيجب عليه الضمان وهذا أوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف فى الواقع (قوله وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أى فى هذه الشهادة التى هى الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها فى موضعين فى تحميل الاصول وفى نقل الفروع وهو قول مالك وأحمد والاصح من مذهب الشافعى أنه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بينا زيادة الشبهة وهى وان لم تمنع فى الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بوجوبها فى المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها فى الجملة اعتبارها فى كل موضع كشهادة النساء فانها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة فى الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا فى الحدود وسببه أنه يحتاط فى درئها فكان الاحتياط ردها كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل واعتبار البدل فى موضع يحتاط فى اثباته لا فيما يحتاط فى ابطاله (فان جاء الاولون) يعنى الاصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لان شهادة هؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده شهادة الفروع فى عين الحادثة) التى شهد بها الاصول (اذهم قائمون مقامهم) فصار شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الاصول ولا الفروع (لان عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعده ذكرها المصنف

على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان (قوله لما فيها من زيادة الشبهة) لتمكنها فى موضعين فى تحميل الاصول وفى فعل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان (قوله ولا ضرورة الى تحملها) لانه يمكن أن يحضر الاصول فيشهدوا (قوله اذهم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان فى الموضع الذى تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول أيضا فى الموضع الذى يرد يتعدى رده الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت فى حادثة لا تقبل فى تلك الحادثة أبدا كالفاسق اذا ردت شهادته لفسقه لا تقبل شهادته فى تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته فى تلك الحادثة لانه ليس للعبد

(ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا (فجعل للحال قذفا للميت)
واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما يبنى عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه

ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء فى حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه

كما افذكر أولا ما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعى يجب القتل لا المال بناء على أصله فى شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المصنف (وسنبينه فى الديات) قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فذهب علمائنا الثلاثة أنه يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حى برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى وحكمه من وجه يوجب شبهة فى احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار الشق الثانى وهو أنه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارئة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلان بالرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه يتبين أنه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشترى البيع مع البائع بعد موت المشترى يثبت به الملك فى الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفة لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لانه قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة فى حقه دارئة للحد عنه

شهادة بل له خبر ورد الخبر لا يوجب رد الشهادة فاما الفاسق فله شهادة بدليل أنه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقة لا ضمان على أحد ولو ظهر أنهم عبيد أو كفار تجب الدية على بيت المال فان قيل القاضى اذا رد شهادة الفروع فى المال بفسقهم ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم قلنا القاضى انما رد شهادة الفروع فى المال بفسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا أنه تمكن شبهة الرد فى شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت فى حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحدود دون المال وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله ولو رد الفروع فى المال لتهمة تقبل شهادة الاصول لانه ما رد شهادتهم حقيقة ولو ردوا التهمة الاولين لم تقبل أبدا من الاولين ولا من الفروع ولو ردوا الرق الاولين أو لكفرهم ثم اعتقوا أو أسلموا فشهدوا بذلك جاز (قوله لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت) لان حد القذف لا يورث (قوله ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع) لان بالرجوع تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين أنه كان طلاقا الان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصور على الحال فاذا ثبت أنه انما يصير كلامه فى الحال قذفا والمقذوف فى الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد فان قيل هو فى الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هذا الراجع قلنا هو مرجوم بحكم الحاكم بشهادتهم وهو يزعم بالرجوع أن شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم فى حقه لان زعمه معتبر فى حقه فلا يصلح شبهة بخلاف قاذف آخر لان المرجوم غير محصن فى حق غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة فى حقه اذ الرجوع عامل فى حقه لا فى حق غيره فان قيل أكثر ما فيه أنه مقر بانه كان عفيفا ولو قذفه انسان ثم كذب نفسه وقال كان عفيفا لا يقام عليه الحد أيضا قلنا نعم القاذف وان أكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود فلا تبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة فى حقه فلهذا

مرجوما بحكم القاضى فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيده بقوله فى حقه لانه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه فى حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه لان قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا فى حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما فى زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض أيضا بان أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر أحدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف وأجيب بان أحدهم اذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد وان كان رجما فقد قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة فى ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد

(قوله ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد) أقول فيه تأمل الا أن يكون وجب بمعنى سقط

(فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حد واجميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا فى حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما أن الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقى قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شئ عليه) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة (فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

فلانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء بالرجم فى حقه بزعمه واعترافه واذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك فى حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة فى حقه لان زعمه معتبر فى حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ فى حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما فى حق الغير صار المرجوم غير محصن فى حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أى بعد القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الراجع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء فى حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الامضاء) أى استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى فى مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح فى الشهود أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضى يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا) وهو قول الائمة الثلاثة (وقال زفر يحد الراجع خاصة) لان رجوعه عامل فى حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هى عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقى قذفا فيحدون والاولى أن يقال كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة ما دام بصفة ايجابه القضاء على القاضى و بالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الاداء بعد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع أحدهم بعد ثلاثتهم بقولهم زنى (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أى بعد الرجم (لا شئ عليه) أى لا حد ولا غرامة (لانه بقى) بعد رجوعه (من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الائمة الاربعة سوى قول للشافعى رحمه الله غير الاصح عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حد كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعى تفصيل وهو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان فى وجه خمساها وفى وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعنى من أن الشهادة تنقلب قذفا بالحال فعليهما الحد يعنى عند رجوع الثانى تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثانى لا أن رجوع الثانى هو الموجب

يقام عليه الحد (قوله ولهما ان الامضاء من القضاء) وقد ذكرنا وجهه فى هذا الباب فى مسئلة التقادم وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله ولهما ان القضاء فى الحدود هو الامضاء فان القاضى لا يحتاج الى أن يقول قضيت بالرجم أو بالجلد حتى أن أسباب الجرح أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضى لو اعترضت يمنع الامضاء فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء (قوله فان كانوا خمسة) عطف على قوله واذا شهدت أربعة على رجل بالزنا فرجم (قوله أما الحد فلما ذكرنا) اشارة الى قوله ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع فان قيل أما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثانى و رجوع غيره

وقوله (فان لم يحد المشهود عليه) ظاهر وقوله (ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل) يعنى لكونه صريحا فيه لكن ساب عنه ذلك اذا صار شهادة (وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقى قذفا) وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن أن يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا الا يرد قول من يقول ان فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله (وان كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعنى بعد الرجم لان وضع المسئلة فى ذلك وقوله (فلما ذكرنا) اشارة الى ما قال من قبل ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثانى لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد انفسخت

واما

وأما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع على ما عرف (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) معناه اذا رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه

الحد (وأما الغرامة فلأنه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) فى قدر لزوم الغرامة (بقاء من بقى) لا رجوع من رجع على ما عرف (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا) أى بان قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فاذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا أو عبدا فاما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم بعد وان قالوا أخطأنا فى ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التى فيها الخلاف الا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففى هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغى بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم أن فى صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو باعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما (أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالاحصان) فكما لا يضمن شهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولابى حنيفة أن الشهادة) بالزنا (انما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية فكانت التزكية فى معنى علة العلة) للاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة فى اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذى هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران فى موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط فى التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الاخبار كان يقولوا هم أحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد فى المزكى عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين فى سائر الحقوق والاربعة فى الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين فى الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف *(واعلم)* أنه وقع فى المنظومة قوله

على المزكين ضمان من رجم * ان ظهر الشاهد عبدا وعلم
وأوجبا ضمان هذا المتلف * من بيت مال المسلمين فاعرف
وفى المزكين اذا هم رجعوا * كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وفى المختلف ما يوافق ما فى المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال فى المصفى شرح المنظومة وهنا اشكال هائل فانا ان أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار

لا يكون ملزما اياه شيأ قلنا لم يجب لا لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع برجوع الثانى وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر فى حقه لا بزوال المانع (قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا

الشهادة فى حقهما بالرجوع فصدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثانى ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه بالحد أجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثانى وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان فى حق كل واحد منهم لا يلزمه شئ برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) التزكية من زكى نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على المزكين عند أبى حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد هو) أى الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بان يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال (وقيل هذا اذا قالوا) يعنى لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق قالا المزكون ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا فى المعنى كشهود الاحصان الا أن أولئك أثبتوا خصلة حميدة فى الزانى وهؤلاء أثبتوا خصلة حميدة فى الشاهد فكما لا ضمان على أولئك

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض

وله أن الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولافرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا اذا أخبروا بالحرية والاسلام أما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفي

وان لم نؤولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرهنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط وأما التعزير فبالاتفاق وقول صاحب المجمع ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافي بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجبا للضمان على الخلاف ولا يذكر في الاصول كالجامع والاصل (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه الخ) استوفى أقسامها في الكافي حافظ الدين فقال ان شهد أربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون

بحالهم وليس المراد بقوله وقيل اشار الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف (قوله فكانت التزكية في معنى علة العلة) وهذا لان التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضي القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في اضافة الحكم اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهنا تعذر ايجاب الضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود الاحصان لانه عبارة عن الخصال الحميدة وهي لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة ألا ترى أن الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا أما الشهادة بدون التزكية لا توجب شيأ وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وقوله الاحصان محض الشرط لعله أراد به العلامة لما عرف في أصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها علة على وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده علة لوجوب الرجم على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزاني يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فتكون علامة

كذلك لا ضمان على هؤلاء وقوله (وله أن الشهادة) ظاهر وقوله (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة وقوله (لانه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كان لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فلم لا تحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل قذفا للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة

(قوله لما تقدم ان كلام كل منهم) أقول في رأس الصحيفة

القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية فى ماله لانه عمد والعواقل لاتعقل العمد وتجب ذلك فى ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة

وجه تثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعنى فيقتص منه فى العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن أنه حربى وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لاتعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما فى الكتاب لايخفى بعد ذلك وقوله (وان رجم) ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل فى قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسى فى المبسوط ما فى مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية فى بيت المال (لما ذكرنا) يعنى فى مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا) أى الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضى (بخلاف ما اذا ضرب عنقه) ثم ظهروا عبيدا تجب الدية فى ماله كما ذكرنا (لانه لم يأتمر أمره) فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لانه لم يخالف (قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أى الى فرجيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعى فى المنصوص ومالك وأحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لايوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد فى الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب والمرأة فى حق المرأة أولى وان لم توجد ستر ماوراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لاتقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء أنه لاتقبل شهادتهم

محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا (قوله وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة) فان صورة القضاء تكفى لايراث الشبهة لانه لو كان حقا كان مبيحا للدم فبصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لايوجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا (قوله على دليل مبيح) وهو قضاء القاضى (قوله لانه وجب بنفس القتل) الاصل أن كل دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد يجب فى ثلاث سنين بقضية عمر رضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل (قوله ولو باشره بنفسه) أى لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا وهو قوله قبل هذا بورق فى هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (قوله لانه لم يأتمر أمره) لانه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه (قوله وقالوا تعمدنا النظر) أى الى موضع الزنا من الزانيين (قوله لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة) لان تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله واقامتها لاتتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لايصح التكليف مع الستر ولكن مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر فى الحدود فلذلك قيل بالاباحة دون الوجوب وفى الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله قال بعض العلماء لاتقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على أنفسهم بالنظر الى

وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل) يعنى أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضى تكفى لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لايجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله (وان رجم) على بناء الفاعل أى الرجل الذى ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه (ثم وجدوا) أى الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله) أى فعل الراجم (الى الامام ولو باشره) الامام (بنفسه وجبت الدية فى بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره) لانه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه قوله (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) الى موضع الزنا من الزانيين (قبلت شهادتهم) لما ذكر فى الكتاب وهو واضح وفى الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لاتقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على أنفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لاقصدا ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم مالم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لايسعهم أن يشهدوا

(واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا

الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا ان النظر يباح للحاجة على ما قلنا (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الاحصان (لان الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أي يستلزم ذلك (ولهذا لو طلقها) طلقة (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض أنهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من أن الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا خلافا عن الائمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مولدا على وجه الدعة والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة (قوله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد الا أن المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعند زفر ان قبلت الا أنه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشأن اثبات أنه في معنى العلة ونفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض (فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محصن (انه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذ كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذ كان علامة متمحضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الاحصان) ليس الا (عبارة عن خصال حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة

عورة الغير قصدا ولكنا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا (قوله والاحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب (قوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) يعني أن الزاني لو كان مملوكا كالذمي وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان أن مولاه الذي كان أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله (قوله ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها

النسب وقوله (خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك أمران أحدهما ما ذكره في الكتاب أن شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني أن شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله (فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي الخ) يعني أن الزاني لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذمي أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله وقوله (لما ذكرنا) يعني أن الاحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة

فلا يكون فى معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة بخلاف ماذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون)

ولا سببا لسببه فان سببها المعصية والاحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون فى معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا أنه مختلف الحكم ففى حال الاحصان حكمه الرجم وفى غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا أعنى خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا فى معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر أن الواقع أن الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة و بالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل فى اثباته شهادة النساء كما لو شهد تا مع الرجل بالنكاح فى غير هذه الحالة والدخول فى غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا اذا شهدتا بعد ظهور الزنا به فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا (بخلاف ماذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذمى بشهادتهما عليه بالاعتاق (وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس فى معنى العلة للحد بانه لو أقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب أن يشترط فى الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبى حنيفة أجيب بان صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا مكذب له فى سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه فى رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة ففى ثبت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند أبى حنيفة لتضمنه تحريم الفرج *(فروع من المبسوط)* شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا أنه قربها أو أتاها فهذا ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع و يراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال الله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر فى حقهم لا فى حق غيرهم فصار فى حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفة بغير حق ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا

فرض عليه كالاسلام و بعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهى مانعة عن الزنا المسامر فاستحال أن يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جناية لا محالة وليس بشرط فضلا عن أن يكون فى معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فاما أن يوجد الزنا بصورته و يتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا وما هو معرف حكم العلة بوجه فصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة (قوله بخلاف ماذكر) أى زفر رحمه الله تعالى أى ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانهما

(وصار كما اذا شهدوا به) أى بالنكاح (فى غير هذه الحالة) يعنى لو شهد رجل وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها فى غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ماذكر) يعنى من زفر شهادة الذميين على ذمى أنه أعتق عبده قبل الزنا (لان العتق) هنالك (يثبت) أيضا (بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه) تاريخ (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون) أحد الامرين المترتبين على الاصل الذى ذكرناه من قبل والله أعلم

(باب حد الشرب) انما أخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرنه ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل فى دين من الاديان وأخر حد القذف عن حد الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها بخلاف جريمة القذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف فى ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا فى نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه) أى على الشارب (بذلك) أى بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضى أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات فى الشروح مقيدة بوجود الرائحة فى حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبى حنيفة وأبى يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالاقرار (والاصل فيه) أى فى وجوب الحد (قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه) قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقى كذلك وأجيب بانه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ

عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

(باب حد الشرب)

(ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا أقر وريحها موجودة) لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

كالعدم وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

(باب حد الشرب)

قدم حد الزنا عليه لان سببه أعظم جرما ولذا كان حده أشد وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقى أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله ومن شرب الخمر فاخذ) أى الى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أى جاؤا به اليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أى بالشرب فى الاول وهو عدم السكر منها وفى الثانى وهو السكر من غيرها (فانه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيامر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود وأما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للعاكم خصوصا بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد بالثانى أن يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والاقرار (ولم يتقادم العهد والاصل فى ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه) الى أن قال فان عاد الرابعة فاقتلوه أخرجه أصحاب السنن الا النسائى من حديث معاوية وروى من حديث أبى هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذى

لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم أو نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وتحقيقه أن الخصوص هنالك فى المشهود عليه فان شهادة النساء فى غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للعقوبة قبلت شهادتهن فيه (قوله وهو فرع ما تقدم) أن الاحصان شرط فى معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا فى معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله أعلم بالصواب

(باب حد الشرب)

(قوله أو جاؤا به سكران شهد الشهود عليه بذلك) أى بالسكر من الخمر أو غيرها من الاشربة المحرمة (قوله

(باب حد الشرب) قال المصنف ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة) أقول حين الاخذ ولا تمس الحاجة الى وان وجوده عند الحضور الى مجلس القاضى كما ستعلم عن قريب (قال المصنف أو جاؤا به سكران) أقول الباء للتعدية (قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول وسيجىء نظيره فى أوائل باب حد القذف

وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد) وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ماذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل أخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار في مسنده عن ابن اسحق به أنه عليه الصلاة والسلام أتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخا وروى أبو داود في سننه قال حدثنا أحمد بن عبدة الضبي حدثنا سفيان قال الزهري أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم أتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي أهل العراق بهذا الحديث اه وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادي أي تعارضا في القتل فرجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض (قوله وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ماذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه) أي هذا التقادم (مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا) أنه ستة أشهر أو مفوض الى رأي القاضي أو بشهر وهو المختار (وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان) بلا شك (بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع ونكه من بابه أي أظهر رائحة فمه وقال الآخر

سفرجلة تحكي ثدى النواهد * لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شئ من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها الان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تاخير الاداء تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة

وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ماذهبت رائحتها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى) أي لا يحد أيضا اذ عندهما تشترط الرائحة في الشهادة والاقرار غير أن الرائحة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل أن ينتهوا به الى الامام حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله (قوله غير أنه مقدر بالزمان عنده) وهو الشهر (قوله والرائحة قد تكون من غيره) فان من استكثر أكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل شعر

يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وقيل شعر سفرجلة تحكي ثدى النواهد * بها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

مسلم الا باحدى ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله (فان أقر بعد ذهاب رائحتها) واضح وقوله (غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بحد الزنا) وقوله (وهذا) يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لان التاخير يتحقق بمضي الزمان) فلابد من تقدير زمان وأما ان ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم في موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل يقولون لى انكه قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا) وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد وقد روى بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما فى حد الزنا

عرف من قول ابن مسعود وهو ماروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثورى عن يحيى بن عبد الله التيمى الجابر عن أبى ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى ورواه اسحق بن راهويه أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الامع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار انما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والمزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا

بعيد مساف الخطو غوج شمردل * تقطع أنفاس المهارى تلاتله

أى حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهارى أنه اذا باراها فى السير أظهر فى أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما فى الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ماهكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبيناهو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفى لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعى ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعى وأكثر أهل العلم نفيه وماذكرناه عن عمر يعارض ماذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الاصل فى الحدود اذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله (ولان قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب) ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال) فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هى عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان أراد ان اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما فى حد الزنا)

يقال استنكهت الشارب ونكهته تشممت نكهته أى ريح فمه ونكه الشارب فى وجهى أيضا اذا تنفس تعدى ولا يتعدى وهو من باب منع (قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة) لقول ابن مسعود رضى الله عنه وهو أنه جاء رجل يقال له هزال بابن أخ له الى ابن مسعود رضى الله عنه وقال انه شرب الخمر وأقر به ابن أخيه فقال له ابن مسعود رضى الله عنه بئس والى اليتيم أنت لا أدبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فان قيل هذا استدلال بنفى الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم على أصلنا قلنا لا بل هذا استدلال بعدم الاجماع لان حد الشرب

(وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان) المعتبر فى ذلك القرب و(قيام الاثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على القرب) وقوله (وانما يصار الى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان أى انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة (وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما فى حد الزنا)

على مامر تقريره) أن الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه (وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة
ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار وينا) يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد
على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون وأيضا
كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط
بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولا وأيضا ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال
ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله (وريحها
توجد منه) ظاهر قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيآن نقيع

ونبيذ فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم وأما النبيذ فهو الذى من ماء الزبيب اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر يحل شربه مادون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل شربه وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه في قولهم مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوى والتقوى الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة وأما الكلام في حد السكر ومقداره فسنذكر ان شاء الله تعالى

على مامر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار وينا (فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روى أن عمر أقام الحد على أعرابي سكر

لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا (على مامر تقريره) من أن البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه (وعندهما لا يقام الحد) على المقر بالشرب (الا) اذا أقر (عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار وينا) يعني أنه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرط وأما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لانه من الآحاد وبمثله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله اياه أولا الاصل وان لم يره أشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وأنت علمت أنه انما ألزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ماقدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم عليه الحد وان جاء بعد أربعين عاما (قوله فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران) من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به الى مصر فيه الامام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أى الريح (قبل أن ينتهوا به) اليه (حد في قولهم جميعا) لان التأخير الى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التأخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد (قوله ومن سكر من النبيذ حد) فالحد انما يتعلق في غير الخمر من

ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة قلنا خص منه الشرب باضطرار او اكراه فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد (قوله ومن سكر من النبيذ) أى النبيذ الذى غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فمادام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه مادام حلوا واذا غلا

(قوله ولكن لا دليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود) أقول شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الاجماع ويقرب منه ماذكروا في باب الشهادة على الشهادة في وجه الاستدلال بما روى عن على رضى الله عنه على كفاية الاثنين في الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه (قوله وأيضا ذكر في أول الباب الخ) أقول ذكره في أول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذى يثبت به الحد لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء فانه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز ايجاب الحد به وقوله والاصل فيه لا يبعد أن يكون منها على ماذكرنا فليتنبه (قوله وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه) أقول وجوابه انه خص منه الشرب اضطرارا او اكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد به كذا في الكافي ويجوز أن يقال أيضا المخصص منه ماذكر ويجوز أن يخص مازال رائحته بالقياس

من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

الانبذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شئ من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث أنس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر كزيد أسد أي في حكمه وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو ولا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة اما قليلها او كثيرها أو كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو أن الثابت في اللغة (١) من تفسير الخمر بالنيء من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما حرمت الخمر وما بالمدينة منها شئ أخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم أنه انما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول أنس وما شرابهم يومئذ أي يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليها بها هو كان على وجه التشبيه وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ للترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائي وابن حبان قال المنذري لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص وقد احتج بهما الشيخان وحينئذ فقولهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما أسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي أسكرتك أخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي وأسند الى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما أسكر من كل شراب قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم

واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول أبي يوسف رحمه الله الآخر يحل شربه

(١) من تفسيره كذا في النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه

اشراب المسكر واذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح فى حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسماع أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما أما خصوصا فمنعوا أن حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر بعينها والسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال فى الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان كان المراد ماذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر فى الاشربة من نفى تعليلها بالاسكار لانه لم يذكره الا لنفى ان حرمتها مقيدة باسكارها أى لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهى الاسكار أو مظنته من الكثير لا أن حرمتها ليست معللة أصلا بل هى معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدورى مصرا على منع التعليل أصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذى يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر فى كتاب الاشربة ما يفيد ماذكرنا فانه قال فى جواب الحاق الشافعى حرمة المثلث العنبى بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو فى نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل الى الكثير فى الحرمة ليس الا لحرمة السكر فى التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما أشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ماذكرنا من المنع على العموم واذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ماقدمناه من حديث أبى هريرة فاذا سكر فاجلدوه الحديث فلو ثبت به حل مالم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فوجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفى فائدة التقييد بالسكر لان فى الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها أنه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر به بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها مارواه الدارقطنى فى سننه أن اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابى انما شربته من اداوتك فقال عمر انما جلدناك على السكر وهو ضعيف بسعيد بن ذى لعوة ضعف وفيه جهالة وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا على بن مسهر عن الشيبانى عن حسان بن مخارق قال بلغنى أن عمر بن الخطاب ساير رجلا فى سفر وكان صائما فلما أفطر أهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انا جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندى انقطاع وأخرج الدارقطنى عن (١) عمران بن داور عن خالد بن دينار عن أبى اسحق عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو وفيه مقال وروى الدارقطنى فى سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبى أن رجلا شرب من اداوة على رضى الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبى عن على بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن أبى شيبة حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبى عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال فى السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع أن الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو فى الحد بالقليل غير أن هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكروا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند أبى حنيفة يعنى اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق وهو سكران منها كالنائم الا أن المصنف فى كتاب الاشربة قال وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير

مادون السكر وعند محمد والشافعى رحمهما الله لا يحل

(١) عمران بن داور هكذا هو فى بعض النسخ داور بالالف قبل الواو المفتوحة ومثله فى خلاصة أسماء الرجال وما وقع فى بعض النسخ من تقديم الواو على الالف تحريف فليعلم كتبه مصححه

(ولاحد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا اه وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ماهو يقع (قوله ولاحد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لان الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرئ بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن اكراه) فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب وأورد عليه أنه قال من قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال المورد وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل أن يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ونقل أيضا عنه أن التمييز لمن يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبنى على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان اه فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان أي عيان الشرب ثم لاشك ان كون الشيء محتملا لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولاشك أن المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها وأما في الموضع الاول فلاشك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درأ كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال وان كان ملزوما الشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح

(قوله لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله أن التمييز بين الروائح ممكن للمستدل قلنا التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه أو نقول الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء (قوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج) وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله من زال عقله بالبنج ان علم أنه بنج حين أكل يقع طلاقه وعتاقه وان لم يعلم لا يقع

وقوله (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني اذا لم يشاهد منه الشرب (لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل أجيب بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وأقول والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز أن يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار) على قولهما (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع أنه ماكول فمن المشروب أولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام

(قوله فان قيل الخ) أقول السؤال مع الجواب في النهاية (قوله والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول وليس الاستقصاء مأمورا في الحدود وأما اذا شهدوا على الشرب ولا فيجوز الاستقصاء صونا لحجة الشرع عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا وكذا الحال في الاقرار وبه حصل الجواب عما أورده الاتقاني (قوله وأقول والجواب الثاني أحسن الى قوله على مذهب محمد) أقول فيرد على الاتقاني (قال المصنف لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) أقول سيجيء من المصنف في كتاب الاشربة ان الاصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل

ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضى الله عنهم

فى موضعه فدرء الحد فى مجرد الرائحة والقىء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذ لا يمكن التمييز الامع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار) وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى حكى لى ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لزجه بركبتيه لا يقلهما الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين بمازحا ليس بصحيح والا فضع هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى أكلت ماهنالك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك منى فلما أفاق وجد مابه من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة الى أن برأت فعادت بذلك التى البالغ فى غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول باليتها كانت فى الركبتين ثم لم يستطع أصلا فى حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من ألمها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الاحال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أى من غيرها (ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد وفى رواية عن أحمد وهو قول الشافعى أربعون الا أن الامام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعين الثمانين باجماع الصحابة روى البخارى من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرة أبى بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر امرة عمر فجلد أربعين حتى اذا عتوا أوفسقوا جلد ثمانين وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم جلد فى الخمر بالجريد والنعال ثم جلد أبو بكر أربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال ماترون فى جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن نجعله ثمانين كاخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وفى الموطا أن عمر استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه نرى أن نجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون وعن مالك رواه الشافعى ولا مانع من كون كل من على وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا وأخرج الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدى والنعال والعصى حتى توفى فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفى الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال على رضى الله عنه اذا شرب الخ وروى مسلم عن أنس قال أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة فاخذت أخرى والا فهى ثمانون ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام فى ذلك الرجل وقول الراوى بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافى ذلك فان حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التى انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن قوله وفعله أبو بكر يبعده والا لزم أن أبا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذى جلد الثمانين بخلاف أبى بكر والله أعلم وقد أخرج البخارى ومسلم عن على رضى الله عنه أنه قال ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فاجد منه فى نفسى الا صاحب الخمر فانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا أنه أمر بضربه فهذه الاحاديث تفيد أنه لم يكن مقدرا فى زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ثم قدره أبو بكر وعمر باربعين

(قوله وحد الخمر والسكر) أى من غير الخمر فان وجوب الحد فى الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله لاجماع الصحابة رضى الله عنهم) روى أن الصحابة تشاوروا فى حد الخمر فقال كل واحد منهم مابدا له فقال على رضى الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى

وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا تنافى بينهما (وحد الخمر و) حد (السكر) من غير الخمر (فى الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضى الله عنهم

(قوله وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح الخ) أقول النبيذ أيضا مباح فما الفرق الا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على اباحته وليس النبيذ كذلك

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على مامر) فيه أنه يضرب كل البدن ماخلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه اظهارا التخفيف لانه لم يرد) به أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور انا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجمعين التصرف في

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على مامر) ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا التخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا فحده أربعون سوطا) لان الرق منصف على ماعرف (ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى

ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم أن يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بانه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا أهل الزمان تغيروا الى نحوه أو أكثر على ماتقدم من قول السائب حتى اذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم وأما ما روى من جلد علي أربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي للحسن أقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده وعلي يعد الى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الي (قوله يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه يعني ماخلا الوجه والرأس والفرج وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا التخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد والاقارب المقصود من الانزجار الفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثي للضرورة قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها أي فلا تخفف مرة أخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد أثر في اسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى وتقدم هنالك الجمع بينه وبين مافي الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده أولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وان كان عبدا فحده أربعون على ماعرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد أربعون ومن قال حد الحر أربعون قال حد العبد عشرون (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد (ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا

وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا واتفقوا على ذلك فصار اجماعا فان قيل استدلال علي رضي الله عنه يتاتى في حد السكر أما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه قلنا في الخمر يدعو قليله الى كثيره فكان سببا للسكر غالبا وقيل مامن طعام وشراب الا ولذته في الابتداء تزيد على لذته في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثار منها ولهذا تزداد حرصه على شربها اذا أصاب منها شيا (قوله لانه لم يرد به نص) أي نص قاطع (قوله انا أظهرنا التخفيف مرة) أي من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا مع أن الالحاق به أولى لان دليل كل واحد منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا أي فلا يخفف ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد (قوله ومن أقر بشرب الخمر أو السكر) في النهاية بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد هو في

المقدرات الشرعية والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روى أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب أن قوله انا أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشئ وانما أظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف ولله در لطائفه وقوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل

(قوله نص قاطع) أقول قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فانه خبر الواحد (قوله والجواب أن قوله انا أظهرنا الى قوله عن لسان المجمعين) أقول الاجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الاجماع على خلاف مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم يقدروا بشئ) أقول أي من عند أنفسهم (قال المصنف ومن اقر بشرب الخمر والسكر) أقول والسكر بفتحتين نقيع التمر اذا غلا ولم يطبخ كذا فسره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة والسكر كل شراب أسكر وفي ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير العنب اذا اشتد والمراد هنا ماقال الناطفي كذا في غاية البيان وقال وانما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك

(ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه)

يصح ضم سينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره فلا يعتبر اقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وقوله (سنبينها هنالك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافا (لان فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى في الكشاف أن تضل أي لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذي يحد) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض من السماء (وقالا هو الذي يهذي ويخلط) وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد أن يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون

الاصل مصدر سكر من الشراب سكرا وسكرا وفي المستصفى في قوله ومن أقر بشرب الخمر أو السكر بفتحتين هو السماع وهو عصير الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحد سوى الخمر وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز أن يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر (قوله لان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (قوله والسكران الذي يحد) أي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الاشربة المحرمة فان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر ثم قوله والسكران الذي يحد الى قوله قال رضي الله عنه انما خص المصنف رحمه الله بان هذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان الذي ذكره من قوله والسكران الذي يحد الى هنا لفظ الجامع الصغير من غير ذكر الخلاف فبين المصنف رحمه الله بهذا أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله لا قول الكل وذكر في الفوائد الظهيرية قال أبو حنيفة رحمه الله السكران هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجال من النساء ولا الارض من السماء والغر ومن القباء وعندهما أن يهذي ويختلط كلامه ويتمايل في مشيته وعن ابن الوليد سألت أبا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ قل يا أيها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ثم ان بعض الشرط أتى بسكران أمير البلخ فامر الامير أن يقرأ هذه السورة فقال له السكران اقرأ أنت سورة الفاتحة أولا فلما قال الامير الحمد لله فقال له السكران قف قد أخطأت من وجهين أحدهما أنك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة والثاني أنك تركت التسمية وهي آية من أول الفاتحة عند بعض الائمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطي ويقول أمرتك أن تأتيني بسكران فاتيتني بمقرئ بلخ (قوله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه

وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك ان شاء الله تعالى) قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضا (لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما

حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم (قال المصنف وقال هو الذي يهذي الى قوله لانه هو السكران في العرف) أقول قوله لانه الخ تعليل لقوله هو الذي الخ

فليس بسكران (لانه السكران فى العرف واليه) أى الى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال سألت أبا يوسف عن السكران الذى يجب عليه الحد قال أن يستقرأ قل يا أيها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحى قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكى أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولابى حنيفة أن الحدود يؤخذ فى أسبابها باقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعنى أنه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع مابه من السرور فلا يكون ذلك نهاية فى السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما فى السكر الذى يحرم عنده القدح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله (والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط) لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى فى حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ماقاله أبو حنيفة وقوله (وهذا) أى ظهور الاثر فى مشيته (مما يختلف) فان السكران ربما لايتمايل فى مشيته والصاحى ربما زلق أو يعثر فى مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا والشافعى

لانه هو السكران فى العرف واليه مال أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ فى أسباب الحدود باقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط

حكمه حكم الصحاة فى اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران فى العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ (واليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذى يسمى سكران وتايد بقول على اذا سكر هذى (ولابى حنيفة أنه يؤخذ فى أسباب الحدود باقصاها درأ) بدليل الالزام فى شهادة الزنا أن يقول كالميل فى المكحلة وفى السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد وأما فى ثبوت الحرمة فما قالا فاحتاط فى أمر الحد وفى الحرمة وانما اختار واللفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ فى أسباب الحدود باقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التى عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هى سكر والحد انما أنيط فى الدليل الذى أثبت حد السكر بكل مايسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على أن الحالة التى ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدى الى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبى يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولاشك أن المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدر شيا أصلا قال بشر فقلت لابى يوسف كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحى قال لان الله بين أن الذى يعجز عن قراءتها سكران يعنى به مافى الترمذى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا فاكلنا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدمونى فقرأت كل يا أيها الكافرون لا أعبد ماتعبدون ونحن نعبد ماتعبدون قال فانزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون ولا ينبغى أن يعول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها الى الكفر ولا ينبغى ان يلزم أحد بطريق ذكر ماهو كفر وان لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هى ماذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر العرف عليه وقوله (ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة فى أنه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة فى سكره فى نفى الحد لا ثبوت شبهة صحوه وعرف مما ذكر أن من استدل لابى حنيفة رضى الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا الخ غريق فى الخطأ لانها فى على وأصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهى تفيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فانما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بان يعلموا جميع مايقولون خشية ان يبدلوا بعض مايقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل الى ذلك الحد الذى كانوا فيه سمى سكران وكون المقدر الذى هو سبب للحد ماهو

الهذيان (قوله ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعنى أنه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع مابه من السرور فلا يكون ذلك نهاية السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات (قوله والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاجماع) وهو قوله هو الذى يهذى ويختلط كلامه أخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم منه الهذيان واختلاط الكلام يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو

(قوله أن يستقرأ) أقول أى ذو أن يستقرأ (قوله قال لان تحريم الخمر نزل الخ) أقول الآية التى نزلت فيه هى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل فى كتب التفسير والاظهر أن يقال لانه تعالى جعل الذى عجز عن قراءة هذه السورة سكران

والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه

لا تعرض له بوجه وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه قلد فيه نفر الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي ومفصلا عن الامام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله بان هذا يتفاوت أي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق في مشيته وسكران ثابت وما لا ينضبط لا يضبط به ولان الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذى الخ (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أي بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة الا أنه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره أو بالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شئ وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بانه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه أدرأ للحدود منه لو اعتبر قوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد باقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال

الادنى في حد السكر كان ممتنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في حده (قوله وهذا مما يتفاوت) أي ظهور الاثر في المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق أو يعثر فيرى التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة فاما في الحد الذي فيه حق العبد كحد القذف فانه يحد باقراره وان كان اقراره في حال سكره وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره ذكر في الذخيرة وهذا في الاقرار وأما اذا زنى أو سرق حال سكره يحد به بخلاف الاقرار بهما في حال السكر حيث لا يحد لان الاقرار

وقوله (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) يعني في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذار ازداد احتماله (فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره

(قال المصنف ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أقول قال صاحب النهاية أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ولكن يضمن المسروق كذا في جامع العتابي وقال صاحب النهاية ذكر الامام التمرتاشي ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع يطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد فاشبه الاقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة في التأخير الخ محل بحث وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف فانه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره في المبسوط اه وفي معراج الدراية قيد بالاقرار لانه لو زنى وسرق في حالة السكر يحد بعد الصحو بخلاف الاقرار كذا في الذخيرة اه

كما فى سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله اعلم

والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف و باعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضى أن السكران الذى لا تبين امرأته هو الذى لا يعقل منطقا كقول أبى حنيفة فى حده والظاهر أنه كقولهما ولذا لم ينقل خلاف فى أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجهه أن أبا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك فى السكران احتياطا للدرء الحد ولا شك أنه يجب أن يحتاط فى عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان فى المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتى أن يميل اليه و يبنى عليه فلو اعتبر فى اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطا للتكفير لانه يكفر فى جميع ما قبل تلك الحالة هذا فى حق الحكم أما فيما بينه و بين الله تعالى فان كان فى الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه فى حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه فى حال سكره مخاطب بان لا يقربها كذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحى أن لا يقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شئ ما أو لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا فى حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع فى حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضى أنه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه فى أصل الدين رحمة عليه فى ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا أيها الكافرون ولا شك أن ذلك السكر الذى كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلا ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الاداء فعلمنا أن الشارع رحمه فى أصل الدين وعاقبه فى فروعه ولهذا صححنا اسلامه ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وان لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران اسلامه وبما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذى ذكرناه وهو أن هذا السكران الذى وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى أقصى السكران كان عن غير قصد اليها كما قرأ على قل يا أيها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا فى الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره فى القضاء لان القاضى لا يدرى من حاله الا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله سبحانه أعلم

يحتمل الانشاء وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لانه لا فائدة فى التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد (قوله كما فى سائر تصرفاته) من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق (قوله ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه) هذا جواب الاستحسان وفى القياس تبين امرأته كذا فى سير المبسوط (قوله لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) فان قيل الاسلام أيضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر قلنا السكران مع سكره غير خال عن نوع تمييز له بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته لما أن السكران يختلط عقله ولا ينفيه ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر فى صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى كما فى ارتداد المكره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله أعلم بالصواب

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامهم فى صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاآت مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارى فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله أعلم

* (باب

(باب حد القذف) القذف فى اللغة الرمى وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن الى الزنا صريحا أو دلالة (اذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالى عن الشبهة الذى لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف لزمه حد الزنا (وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن اثبات ماقذفه به (حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد) بقوله والذين يرمون (الرمى بالزنا بالاجماع واليه الاشارة فى النص لانه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا) واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب فى مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طلبه حد والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة وأما اذا قذفه بنفى النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زانى فقال آخر صدقت لا لاخراج ماذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

(باب حد القذف)

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمى بالزنا بالاجماع وفى النص اشارة اليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا

(باب حد القذف)

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ماقبله ومابعده والقذف لغة الرمى بالشئ وفى الشرع رمى بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وماهن يارسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا (والمراد الرمى بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصى غيره لا يجب الحد بل التعزير (وفى النص اشارة اليه) أى الى أن المراد الرمى بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار مانسب اليه بالتاثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بان قال زنيت أو يا زانى (وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان) القاذف (حرا) وان كان عبدا حد أربعين سوطا

(باب حد القذف)

(قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) ذكر الرجل ليس بقيد واحترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال رجلا محصنا يا زانى فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق ولا يشكل على قوله رجلا محصنا أو امرأة محصنة قذف الاخرس المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان أو لاحتمال أن يكون مطالبتهما تصديقا فلا يحد مع الشبهة (قوله وطالب المقذوف) لا يقال مطالبة المقذوف ليست بشرط لانه يحد القاذف بمطالبة من يقع القدح فى نسبه اذا كان

(باب حد القذف)
(قوله واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك الخ) أقول وفى النهاية بعدما قال فان قلت فى هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة فى الشرح والرابع انه قد يتحقق قذف الرجل المحصن والمرأة المحصنة ولا يجب حد القذف كما اذا قذف الاخرس المحصن أو المجبوب المحصن والرتقاء المحصنة والرواية فى المبسوط فعلى هذا لا يكون فى اطلاقه فائدة وقال فى جوابه وأما الرابع فانه لا يحد قاذف الاخرس لانه لو كان ينطق لربما يصدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة وأما المجبوب والرتقاء فلانه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لان الزنا منهما لا يتحقق اهـ فخلاصة الجواب عن الكل انه لم يجب الحد على ماذكرتم لمانع وقيد عدم المانع غير لازم فى الاحكام الكلية كما سيجئ فى أوائل الوكالة ثم أقول فيه تأمل ثم لا يخفى ان الاظهر فى الاخرس أن يقال أن فيه شبهة البدلية فان اشارته قائمة مقام العبارة والحدود تندرئ بالشبهات الى هذا أشير فى الكافى فى أوائل الوكالة (قوله بطريق الكناية) أقول فانها تقابل الصريح

قال (ويفرق على أعضائه) لما مر في حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه)

شرط الاحصان في المقذوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زني فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعدما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست أمي بزانية أو أبي فانه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه وأما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد الذي قال يا رسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وروده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات وأجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سنذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال لها زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال هذا الرجل لا يحد لانه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لانه حاك لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لان أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتي خلافه في فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فطالبة من يقع القدح في نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وأورد ينبغي أن لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال أن يصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال أنت محل الزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجازا لما عهد لها من التأنيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع (ويفرق) الضرب (على أعضائه لما مر في حد الزنا) (قوله ولا يجرد من ثيابه)

المقذوف ميتا لانا نقول لما قام مقامه أخذ حكمه فنسبت مطالبته اليه أولان من يقع القدح في نسبه مقذوف أيضا فتحقق مطالبة المقذوف فان قيل المغلب فيه حق الله تعالى فكان ينبغي أن لا تشترط مطالبة العبد كما لا يصح عفوه قلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصلح أن تشترط مطالبته احتيالا للدرء الحد (قوله لما مر في حد

(وقوله ويفرق) يعني الضرب (على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا) وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف (ولا يجرد من ثيابه)

لان

لان سببه غير مقطوع به) لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فى نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه
لا تكاد تحصل (فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة أو الاقرار وههنا بعد
ثبوت القذف بالبينة أو الاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه فى النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله (غير أنه ينزع عنه الحشو) استثناء من قوله ولا يجرد وقوله (لان ذلك) يعنى الفرو والحشو كما فى قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله (وان كان القاذف عبدا) ظاهر وقوله (والاحصان) بيان شرطه وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذى زنى فى حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة وأجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذى يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما وأما الوطء الذى هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا فى قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلا بوطء شبهة أو وطء جاريته المشتركة بينه وبين غيره وقوله (والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن) تقريره ان الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من أشرك

لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ايصال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد أربعين سوطا لمكان الرق والاحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) أما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أى الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف

الا فى قول مالك (لان سببه) وهو النسبة الى الزنا كذبا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود أو للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف وايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاثبات بالشهداء الا ان فائدة النسبة هنالك تحصل أما عند العجز فانما هو تشنيع والقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) أى الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذى يصلح زاجرا (قوله والاحصان أن يكون المقذوف حرا الخ) قدمنا ذلك والكلام هنا فى اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان أنكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم انها محصنة وكذا اذا أنكر الحرية لا يحد حد الارقاء القول قوله ولا يحد كالاحرار الا أن يقيم المقذوف بينة انه حر ولو كان القاضى يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أى الحرائر) فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة فى احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التى أطلق عليها لفظ الاحصان الا ما أجمع على عدم اعتباره فى تحقق الاحصان وهو كونها زوجة أو كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء أى المتزوجات ولا يعتبر فى احصان القذف بل فى احصان الرجم ولا شك أن الاحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام فى قوله تعالى فاذا أحصن قال ابن مسعود أسلمن وهذا يكفى فى اثبات اعتبار الاسلام فى الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف وأما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن أحمد أن الصبى الذى يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك فى الصبية التى يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد بعلة الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبى والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبى أو مجنون يا زانى اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار لمراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه

الزنا) وهو قوله لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف (قوله لان سببه غير مقطوع به) لانه يحتمل أن يكون القاذف صادقا فى نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلهذا خفف ولم يقم على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معاين بالبينة أو بالاقرار (قوله فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان) فان قيل قال الله تعالى فاذا أحصن المراد

(قوله يعنى الفرو والحشو كما فى قوله تعالى الخ) أقول قد سبق نظيره فى باب حد الشرب (قوله من قذف المجنون زنى حال جنونه الخ) أقول الظاهر ان يقال ومن قذف المجنون الذى زنا حال جنونه الخ وهكذا فى النهاية ويجوز أن يكون من قبيل كمثل الحمار يحمل أسفارا

صادق فيه (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزانى لاعن غيره (ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى له يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به

مؤول بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطء فى غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنا يؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغى أن يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحدوان كان قذفه حين افاقته وأما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو صدق وحد القذف للفرية لا للصدق وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها فى الملك الا أنه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها (قوله ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم فى الكافى وعلله فى الهداية بانه فى الحقيقة قذف لامه فكأنه قال أمه زانية لانه اذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك الغير كان عن زناها معه قيل فعلى هذا كان الاولى أن يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الاحصان وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بان كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد الجواب أن المراد انك لست لابيك الذى ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الام زنت مع صاحب الماء الذى ولده منه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينفى عن الزانى لاعن غيره وحاصله أن نفى نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزانى فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بامه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذى يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك فى هذا والا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجىء وحمل بعضهم وجوب الحد فى هذه على ما اذا كان قوله ذلك فى حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التى تليها فاذن يختلف المراد بلفظ الاب على هذا التقدير فانه اذا كان فى غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفى مجازا عن نفى المشابهة فى محاسن الاخلاق (قوله ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى اليه يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به

منه الاماء قلنا أريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتيالا للدرء (قوله ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا فان قيل جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا وجوب الحد هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس وذكر فى المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت

بانه فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك يحد ان كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف أمه) لانه نفى النسب (والنسب انما ينفى عن الزانى لاعن غيره) وتقريره اذا فرض المسئلة فيما اذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على أنه زنى بامه وفى ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط أن يكون فى حالة الغضب فى هذه المسئلة كالتى بعدها وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه فى حالة الغضب لجواز أن ينفى النسب عن أبيه من غير أن تكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت فى عدة الواطئ وأجيب بان ما ذكرته وجه القياس فى هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال فى المبسوط وانما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه وقوله (ومن قال لغيره فى غضب الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله فى حالة الغضب أو غيرها لست

قال المصنف (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أقول أى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا حتى لو قال لست لابيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجىء أيضا قال المصنف (وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول الاولى أن يقول محصنة ليعم (قوله وقيل يجب الى قوله ولدت فى عدة الواطئ) أقول وأجاب فى الكافى بانه اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضى الله عنه لا حد الا فى قذف

حقيقته

حقيقته سباله وفى غيره براديه المعاتبة بنفى مشابهته أباه فى أسباب المروة (ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد) لانه صادق فى كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد أيضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها

حقيقته) أى حقيقة نفيه عن أبيه لانه حالة سب وشتم وفى غيره براديه المعاتبة على عدم تشبهه به فى محاسن أخلاقه ولا يخفى أن فى حالة الغضب ليس نسبة أمه الى الزنا أمر الازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتى قبلها فثبوت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر فى المبسوط أن فى الاولى الحد استحسانا بأثر ابن مسعود وهو ماذكره الحاكم فى الكافى من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه ثم حملوا الاثر على النفى حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص فى شئ اذ ليس قذفا وانما يكون تخصيصا لو كان قذفا أخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده فى قوله لست ابن فلان فى حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه قذف أمه واذا نفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها به فكيف يحد هذا وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد ألبتة بخلاف مالو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق فى كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان يعنى جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفى بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لان كلا منهما أطلق عليه اسم الاب كما سيأتى واعلم أن قوله لست ا بن فلان لابيه المعروف له معنى مجازى هو نفى المشابهة ومعنى حقيقى هو نفى كونه من مائه مع زنا الام به أو عدم زناها بل بشبهة فهى ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعه يراد نفى كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازى وقوله لست بابن فلان لجده له معنى مجازى هو نفى مشابهته لجده ومعنيان حقيقيان أحدهما نفى كونه مخلوقا من مائه والآخر نفى كونه أبا أعلى له وهذا يصدق بصورتين نفى كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به أو جاءت به بشبهة وكل هذه المعانى يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب أحدها بعينه فى الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره فى السباب بان أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب أن يحكم أيضا بتعيين الغضب فى المعنى الثانى الذى هو نفى نسب أبيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره فى حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته أبعد فى الارادة من أن يراد نفى أبوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا أن يكون فيها اجماع

النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هى زانية فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لامه والى هذا المعنى أشار فى الكتاب بقوله لان النسب انما ينفى عن الزانى لا من غيره فان غير الزانى عام جاز أن يكون زوج أمه أو من وطء أمه بشبهة فى عدته فولدته أمه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب ولما نفى القاذف نسبه مطلقا علم أن مراد القاذف ليس غير الزانى بل مراده الزانى لان الزانى لا نسب له أصلا ولكن هو غير معين فلا يحد بسببه ولكن يحد بسبب أمه لانه لما كان الرجل الذى نفى عنه النسب زانيا كانت أمه زانية لا محالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة فان قيل هذا كناية فى القذف فينبغى أن لا يحد قلنا وجوب الحد بالاثر أو نقول عدم وجوب الحد فى الكناية لاستتار المراد أما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما لو قال القاذف هو كما قلت فانه يحد به وان لم يكن صريحا (قوله ولو نسبه الى جده لا يحد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما أخرج أبويكم وكذا اذا نسبه الى خاله أو عمه أو زوج أمه لا يحد لان كل واحد منهم يدعى أبا قال الله تعالى ورفع أبويه على العرش قالوا هى خالته وأبوه وقال عليه السلام الخال أب وقال الله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عمه قال الله تعالى ان ابنى من أهلى وقيل انه كان

بابن فلان ولا بابن فلانة وهى أمه التى تدعى له حيث لا يكون قذفا مع أن القذف يراد بهذا اللفظ وأجيب بان قوله ولا بابن فلانة نفى عنها وانما ينتفى عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفى الولادة نفى الوطء ونفى الوطء نفى الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفى عن الواله وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كانه قال له أنت ولد الزنا قال (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها) بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط

محصنة أو نفى رجل عن أبيه اه قوله كان الولد ثابت النسب من انسان أى اذا كانت تحت زوج فنسبه منه وان لم يكن فمن الواطئ فكان ثابتا من انسان ضرورة هو أبوه قوله وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية يعنى وهو قد قذفه بنفى نسبه عن الاب فدل ذلك على أنه لم يرد بقذفه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضا ثم أقول لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكره يدفع هذا السؤال ولا يحتاج الى الجواب

ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعى يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على مانبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل و يثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد و يثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

على نفى الحد بلا تفصيل كما أن فى تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء حد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصور ستاتى فى الكتاب لكنها هنا أنسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده) فاذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه) وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الاصل فى ذلك فهو الاصل فى الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بوجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فلذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبى ليلى لانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للابوان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفى فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده و لولد ولده و والده ان يأخذ القاذف و يحده و ولد الابن و ولد البنت سواء فى ظاهر الرواية ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الاب ولا أم الام ولا عمة ولا مولاه ولا مولاه وعند الشافعى ومالك وأحمد أيضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده ففى فتاوى القاضى قال محمد لكل من يرثه و يورث منه أن يأخذ القاذف و يحده اه وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة والثانى غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا) من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده و والده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخى المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما فى حكم نفس المشهود له (ولهذا) أعنى لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فلقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا أو كافرا خلافا لزفر رحمه الله (و يثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد) و يثبت للابعد مع وجود الاقرب (وكذا يثبت لولد الولد) حق

ابن امرأته (قوله لان العار يلتحق به لمكان الجزئية) فان قيل ينبغى أن يكون له ولاية المطالبة حاضرا كان المقذوف أو غائبا حيا كان أو ميتا وكذا اذا مات بعد القذف قلنا المقذوف يلحقه العار قصدا وهؤلاء ضمنا فلا نعتبر خصومتهم مادام المقذوف حيا لان ما ثبت فى ضمن غيره لا يعطى له حكم نفسه واذا مات بطل المتضمن فبطل ما فى ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتا محصنا فان الميت ليس باهل للحوق العار به فيعود الى من يقع القدح فى نسبه بقذفه قصدا فتثبت له ولاية المطالبة (قوله و يثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن) خلافا لمحمد رحمه الله له أنه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أب الام ولنا أن النسب يثبت من الجانبين و يصير الولد به كريم الطرفين فكان القذف متناولا له (قوله و يثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله) له ان

(ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعنى الاب والجد وان علا والولد و ولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبى الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخى ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لان العار يلتحق به) أى بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى) ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده اذ ذاك وأجيب بان الاصل فى الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه و بينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشئ مقام غيره اذا وقع اليأس من الاصل وانما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله (وعند الشافعى) ظاهر وقوله (لما ذكرناه) يعنى قوله لأن العار يلتحق به وقوله (كما يثبت لولد الابن) يعنى بالاتفاق (خلافا لمحمد) فانه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه وفى ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين و يصير الولد به كريم الطرفين (و يثبت لولد الولد حال قيام الولد)

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول أراد الاتقانى (قوله عن شرح الجامع الصغير) أقول هو للفقيه أبى الليث قال المصنف (فيكون القذف متناولا له معنى) أقول قال الزيلعى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام اه بخلاف الاخ والعم وغيرهما (قوله فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده) أقول خلافا لابن أبى ليلى قال المصنف (و يثبت لولد البنت) أقول قال الاتقانى وان لم يكن وارثا لانه من ذوى الارحام اه وفيه بحث لانه وارث عندنا (واذا

وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع قيام الولد
كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لاخصومة فيه مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين
بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فانهما انما يخاصم بقيام الحد لخصومته بخلاف المقذوف فان حق
الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يقدم الاقرب على الابعد (واذا كان المقذوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا) لان حد القذف لا يورث (فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى) في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث أيضا لم يكن له أن يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر أو الرق وقيل تحرير كلامه أن الحد اما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس
هذا الابن الكافر لا جائز أن يكون لاجل أمه لان الحد لا يورث ولا أن يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه عيره بقذف محصن) وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا وأشار المصنف الى هذا الكلام بقوله (وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده)

(واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده

المطالبة (مع وجود الولد خلافا لزفر) ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله (خلافا لمحمد) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها أن نسبه الى أبيه وهو أجنبي عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولذا لو وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية وجه الظاهر عنه أولا بمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا بتقدير التسليم أن المبنى مختلف لان مبنى ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف وصار كالوصية لاولاد أولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا وجه قول زفر أن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه لاخصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب بمنع أن ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده وولد ولده وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضيخان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد (قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر) ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل أمه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط (ولنا أنه) أي القاذف (عيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في) المقذوف قصدا وهو (الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال) لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا (ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده)

الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقائه واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لاخصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب قلنا أن حق الخصومة باعتبار لحوق العار وذا موجود في حق ولد الولد والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر القرب بخلاف المقذوف فان حق الخصومة باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده ولان مساهلته توهم تصديقه لانه أعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاءة لانه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب (قوله ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده)

نا في التنزيه بع تامل ودفعه غير خفي لان المراد بالارث هو الارث بطريق الفرضية والعصوبة اذ هما من اسباب الارث عند الشافعي

والكفر لا ينافى أهليـة الاستحقاق بخلاف ماإذا تناول القذف نفسـه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا (وليس للعبـد أن يطالب مولاه بقـذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقـذف أمه الحرة المسلمة) لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع

فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذى لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى (والكفر لا ينافى أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ماإذا قذفه نفسه) لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصله أو فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل فى حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أى التى قذفها فى حال موتها (ولا للابن ان يطالب أباه) وان علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التى قذفها فى حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنـه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية وهو قول الشافعى وأحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبى ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما أف والجواب أن الاطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى فلا تقـل لهما أف والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقته فانتقضت علية الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل لنا عموم الآية أعنى قوله تعالى فلا تقل لهما أف وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبـده وأما الاجماع على عـدم القطع فلشبهة الملك للاب فى المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها فى عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أى لزوجته الميتة التى قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة وظهر فى حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضى عمله فى الآخر ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو أحد مستحقى القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه أما هنا فالحق فى الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط أحدهما *(فرع)* يجوز التوكيل باثبات الحدود من الغائب فى قول أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وكذا فى القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومـة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال انه عفا أو ان المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليـل الاول لان حقيقـة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فعدم احتماله أولى (قوله

وهـذا لان القـذف يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدى اليه والشئ اذا تعدى عن محل الى محـل يتعدى على الوصف الذى كان ثابتا فى ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدى بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال فى حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدى كاملا فى حق من يتناوله معنى (قوله وكذا الاب بابنه) ذكر حكم الولد دون الوالدة والحكم لا يختلف فيهما وذكر فى الكفاية لا يحد الاصول بقـذف الفروع لانه لا يقتـل لهم فلان لا يحد أولى (قوله

فجاز له أن يأخذ بالحد فان قيـل جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم عـلى المقتضى أجاب بقوله (والكفر لا ينافى أهليـة الاستحقاق) أى استحقاق أهليـة الخصومـة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشـين وذلك موجود فى الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ماإذا تناول القذف نفسه فانه لا يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جـده وان علا (بقذف أمه) وجدته وان علت ولا أمه ولا جدته وان علت بقذف نفسه (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السـيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلأن لا يجب حد القذف والغالب فيـه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيما نسبه اليـه أولى وقوله (ولو كان لها ابن من غـيره) واضح

(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمى حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد فى استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا

ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقى عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي فيقام له (وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أى من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (انه شرع زاجرا ومنه سمى حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد فى حد القذف (تشهد الاحكام) فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى فى اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم (ويجب على المستامن ويقيمه القاضى بعلمه اذا علمه فى أيام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضى حده وان علمه القاضى قبل ان يستقضى ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف ولا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن اهدار مقتضى احداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين (الا أن الشافعى مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا) بتغليب حق الشرع لا مهدرا (ولا كذلك عكسه) أى لو غلب حق العبد لزم أن لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على انابة العبد فى الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذى يستوفيه كسائر الحدود التى هى حقه تعالى على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف فى هذا الاصل تفرعت فروع أخرى يختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الله تعالى أى انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا أو ما يتصل بالمال كالكفالة أو فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل سمعى على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه فى المطالبة التى جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول

تشهد الاحكام فما يدل على أنه حق العبد أنه لا يسقط بالتقادم ويقيمه القاضى بعلم نفسه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويقام على المستامن فى دار الاسلام وتشترط فيه الخصومة ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة ولا يبطل مع الرجم ومما يدل على أنه حق الله تعالى أنه لا يباح باباحة العبد ولا يحلف القاذف فيه ولا ينقلب

وقوله (وبكل ذلك تشهد الاحكام) أما الاحكام التى تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى الا بخصومة وانما يستوفى بخصومة ما هو حقه بخلاف السرقة (٩٧) فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستامن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص فى العين لانه محض حق العبد وحق العبد مقدم فى الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت والله تعالى لا يفوته شئ ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف وأما الاحكام التى تشهد على أنه حق الله تعالى فهى أن الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا فى استيفاء حق الله تعالى وأما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله (لان ما للعبد من الحق الخ) قيل فيه نظر لانه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان أصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافى الحقين جميعا وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشئ من الحقين لا يسقط به وأجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته وقوله

يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لايجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لايجري وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن أصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول أظهر

المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لا أنه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما اذا صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها أنه لايجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد ففي اثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لايجري فيه التداخل وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو أنه يصح عفو المقذوف (قوله ومن أصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى أن المغلب فيه حق العبد كقول الشافعي (وخرج الاحكام) المختلف فيها على غير ذلك أما توجيه أن حق العبد غالب فلان أكثر الاحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل أحد لايهتدي الى الضرب الواجب أولانه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لايورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمنا وانما لايصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لايخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لايخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم وأن العفو لايستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الانسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفي أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخبازية ان شاء الله تعالى

مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق (قوله ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد) المراد به صدر الاسلام أبو اليسر رحمة الله تعالى عليه (قوله وخرج الاحكام) أي أجاب عن الاحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا وذكر الامام صدر الاسلام رحمه الله في مبسوطه أن الصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان محمدا رحمه الله نص في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقود وأكثر الاحكام تدل عليه وذكر في جامعه الصغير وانما جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر في نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزاد على ما هو المعهود فيؤدي الى التلف فجعل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة وقال فيه أيضا ثم انه لايورث عند أصحابنا مع أنه حق العبد كما لايورث حق الشفعة وخيار الشرط لما أن الارث انما يجري في الاعيان قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته وهذا لان المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلابد من أن يصرف الى أقرب الناس اليه وهم ورثته أما حق القذف فليس بملك عين ولا في معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى أيضا ولهذا قلنا ان حق الشفعة لايورث لانه ملك فعل وهو حق الفسخ بخلاف القصاص حيث يورث لانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيخلف الوارث في حق استيفاء القصاص (قوله والاول أظهر) وهو أن الغالب فيه حق الله تعالى أظهر وأشهر وعليه عامة أصحابنا رحمهم الله النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي فهم ممن يذم بالنسبة اليهم قال ابن أبي

لان أكثر الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص الا أنه فوض اقامته الى الامام لانه لايهتدي كل أحد الى اقامة الجلد وقوله (وخرج الاحكام) أي أجاب عن الاحكام التي تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ما ذكرنا أن كل أحد لايهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لايستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان وأجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لايملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله (والاول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولان عامة أصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء أظهر والثاني أظهر

قال (ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه (ومن قال لعربى يا نبطى لم يحد) لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا (ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به

وقول محمد ان وقع فى موضع أنه حق الناس فقد وقع فى آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه) فيقبل رجوعه وأما التعليل بانه بالاقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى انه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع فى الاقرار بحق الله تعالى وكونه ألحق الشين لا أثر له بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمى فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تأثيره فى اثبات حق الآدمى ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير (قوله ومن قال لعربى يا نبطى) أو قال لست بعربى (لا يحد) وكذا اذا قال لست من بنى فلان وقال مالك يحد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يا رومى لعربى أو فارسى أو يا فارسى لرومى أو عربى أو يا ابن الخياط وليس فى آبائه خياط يحد قلنا العرف فى مثله أن يراد نفى المشابهة فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وأما قذف أمه أو جدة من جداته لابيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفى الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله فى القذف أصلا يحمل فى الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطى قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال فى ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يا رستاقى يا ريفى فى عرفنا أى يا قروى لا يحد به وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا اذا قال يا ابن مزيقياء ويا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدى لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود الى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياء للذم بالسرف والاعجاب لكن عرف العامة فى مثله أنه جود وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء وبه لقبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير

ولازمت الملوك من آل نصر * وبعدهم بنى ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وأما جلا فقد استعمل مرادا به انسان فى قول سحيم أنا ابن جلا وطلاع الثنايا * متى أضع العمامة تعرفونى

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هذا فعل ماض كأنه قال أنا ابن الذى جلا أى أوضح وكشف وأما قول القلاخ * أنا القلاخ بن جناب بن جلا * فيحتمل كونه علما للقبا وكونه وصفا أيضا ثم انه انما يراد به التشبيه فى كشف الشدائد واماطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعنى وهو معروف يحد فى حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمى به وان كان للسخاء والصفاء فينبغى فى حالة الغضب أن يحمل على النفى لكن جواب المسئلة مطلق فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست

ليلى اذا قال لعربى يا نبطى أو قال لست من بنى فلان لقبيلته التى هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير أبيه قلنا يراد به النسبة الى الجهل والكنة لا النفى عن الاب عادة كمن قال لمصرى يا رستاقى أو يا قروى فانه لم يجب عليه شئ كذا هنا وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطى فقال لا حد عليه وماء السماء هو لقب عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر أى عطاء وجودا وأم المنذر بن امرئ القيس فكانت تسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وقيل لولدها بنو ماء

وقوله (ومن أقر بالقذف) من الاحكام التى تشهد بكونه حق العبد وقوله (ومن قال لعربى يا نبطى) ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل قال لقرشى يا نبطى فقال لا حد عليه وقوله (لما قلنا) يعنى قوله لانه يراد به التشبيه الخ وقوله (لان ماء السماء لقب به) أى بهذا اللفظ وماء السماء هو لقب أبى المزيقياء والمزيقياء هو عمرو بن عامر لقب بالمزيقياء لانه كان يمزق فى كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويانف أن يلبسهما غيره وأبوه عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا

قوله (هو عمرو بن عامر) أقول هو من ملوك غسان

وقوله (واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب ابن اسحق فكان اسمعيل عماله فادخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى أبا قال (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعود الجبل حد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * قال (وذكر الجبل يقرره) أى يقرر الصعود (مرادا) تأكيدا لكون المهموز

للصعود حقيقة وقوله (وايهاما انه يستعمل الخ) واضح وقيل كلامه يشير الى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة فى الصعود مجاز فى الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثانى يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء

(قوله وأدخلوه تحت الآباء) أقول أى بنو يعقوب قال المصنف (وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل) أقول أوله

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * ولا تكونن كهلوف وكل * يصبح فى مضجعه قد انجدل
وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل

الهلوف الثقيل الجافى الذى لا خير فيه والوكل الذى يتكل على الناس فيما يحتاج اليه والمنجدل الممتد على الارض يريد انه لا يستيقظ حتى يصبح قال المصنف (وذكر الجبل يقرره مرادا) أقول قال الاتقانى لا نسلم لان الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع فى الجبل أيضا اه وهذا هو مرادهما (قوله وارق الى الخيرات) أقول أى بادر الى فعل الخيرات وسالة لترتفع بها وتذكر كما يرقى المرتقى فى الجبل (قوله زنأ) أقول أى صعودا (قوله تأكيدا لكون المهموز الخ) أقول حيث قال يقرر دون يعين (قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول يعنى يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثانى يترجح على الاول) أقول نعم اذا لم يقم دليل على الاول وهنا الدليل موجود وهو قوله لان من العرب الخ فتامل

التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وان نسبه الى عمه أو خاله أو الى زوج أمه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله والثانى لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز

بعربى لما لم يستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير (قوله وان نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالاول) وهو تسمية العم أبا (لقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثانى لقوله عليه الصلاة والسلام الخال أب) قالوا هو غريب غير أن فى كتاب الفردوس لابى شجاع الديلمى عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له (والثالث للتربية) وقيل فى قوله تعالى ان ابنى من أهلى انه كان ابن امرأته (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعدت الجبل) والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مرادلا يصدق (ويحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * (والزنا وان كان يهمز فيقال زنأ على ماسلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * تريد على ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح فى مضجعه قد انجدل * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل

وأما على قول شارح اصلاح المنطق فقال انما هى لرجل رأى ابنا له ترقصه أمه فاخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقرى أى كن مثل أبى أمك أو مثل عمى لحذف المضاف اليه والمراد كن مثل أبى أمك أو مثلى وكان أبو أمه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبى وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول

أشبه أخى أو أشبهن أباكا * أما أبى فلن تنال ذاكا
تقصر عن مثله يداكا * والله بالنعمة قد والاكا

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر فى النهاية قوله أو أشبه جمل بالجيم وقال هو اسم رجل هو أبو حى من العرب وهو جمل بن سعد والوكل العيال على غيره (وايهاما أنه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا) على ما أسلفنا (لان من العرب من يهمز الملين) أى اللين فى غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هامة هذا العالم * ومنه قوله
* صبرا فقد هيجت شوق المشتئق * لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديه

السماء وهم ملوك العراق (قوله وذكر الجبل يقرره مرادا) لانه قرينة الصعود ولهذا لو قال زنأت فى الجبل لا يحد وحرف فى لا ينافى الصعود كما فى قول الشاعر * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وكما فى

وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يازانى أو قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازانى فقال لا بل أنت فانهما يحدان) لان معناه لا بل أنت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفى البداءة

أى يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو المد حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون فى الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال دأبة وشأبة وقرى ولا الضألين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة و بمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ماذكرنا من أنه سيظهر ارادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كما لو قال يازانى أو زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مرادا) قلنا انما يعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت فى الجبل بمعنى صعدت ذكره فى الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظة فى بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع فى الجبل أى فى بعض بطونه وعلى الجبل أى فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فيبقى الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقى بحاله أى فى حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن فى حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعى فالظاهر عدم ارادة السب (قوله ومن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت فانهما يحدان) اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا ياخبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمى وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا أما كون الاول قاذفا فظاهر وأما الثانى فلان معناه لا بل أنت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل أنت والحر وان كان قاذفا أيضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف (اذ هى) يعنى بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعنى فى التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور فى الاول) أى فى التركيب الاول اذا كان خبريا (مذكورا فى الثانى) فاذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا فى التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول لفظ يازانى بل هو اعطاء النظير معنى أى هى كما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير واصفا للمتكلم الاول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لان يازانى فى معنى أدعوك وأنت زان (قوله ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة خاصة) اذا ترافعا (ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها) والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفى

قوله تعالى فكانما يصعد فى السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة (قوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على) فان قيل فى تجىء بمعنى على قال الله تعالى ولاصلبنكم فى جذوع

وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله (للمعنى الذى ذكرنا) اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله ومن قال لآخر يازانى) ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى بان المراد بالاول هو قوله يازانى وما ثمة خبر أصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم الكلام لان الخبر جزء أخص فيجوز زان يستعار للاعم (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت) على ما ذكره فى الكتاب ظاهر (قوله لان المحدود فى القذف ليس باهل للعان) دليله ان أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف وقوله (ولا ابطال فى عكسه أصلا) يعنى لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية ما فى الباب أن اللعان فى حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل

قال المصنف (ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من انه يتعين الصعود بالارادة اذا كان مقرونا بكلمة على قال الامام السرخسى فى مبسوطه وكذلك اذا قال زنأت على الجبل يلزمه الحد وكذلك اذا قال زنأت فى الجبل الا أن محمدا يقول أهل اللغة اذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف فى لا حرف على اه فيه تأمل قال المصنف (وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه) أقول فهذا القائل لا يسلم تعيين الصعود حين المقارنة بكلمة على الا فى حالة غير السباب فليتأمل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور الى قوله وما ثمة خبر أصلا) أقول الاعتراض للاتقانى الا أنه يجوز أن يقال قوله يازانى يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور فى الاول هو الخبر المذكور ضمنا بل نقول ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بانه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا اشكال (قوله غاية ما فى الباب ان اللعان الخ) أقول كما مر فى

بالحد ابطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس باهل له ولا ابطال فى عكسه أصلا فيحتال للدرء اذ اللعان فى معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك فى كل واحد منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه و يحتمل أنها أرادت زناى ما كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن) لان النسب لزمه باقراره و بالنفى بعده صار قاذفا فيلاعن (وان نفاه ثم أقر به حد) لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف

تقديم أحدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو فى معناه و بتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة فى قذف واللعان لا يجرى بين المحدودة فى القذف و بين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود فى القذف و بتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجرى على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الام فحد سقط اللعان لانه شهادة فلو خاصمت المرأة أولا لاعن القاضى بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد للقذف فقدمنا الحد درأ للعان الذى هو فى معناه (ولو) كانت (قالت) فى جواب قوله يا زانية (زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك فى كل منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قصدقت فى نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أى انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (و يحتمل انها أرادت زناى ما كان من تمكينى اياك بعد النكاح) وهذا كلام يجرى بين الزوجين فى العادة يجرى مجاز المشاكلة مثل قوله و جزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه و يجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك فى كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله (فجاء ما قلنا) أى من أنه لا حد ولا لعان ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا بقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعى فى مسئلة الكتاب أن تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه و يكتفى بيمين واحدة فى وجه وعلى الزوج الحد دونها لان هذا منها ليس اقرارا صحيحا بالزنا و بقولنا قال أحمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر (قوله ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره و بالنفى بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن) وان نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفيه للولد (لان اللعان حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين فى زنا الزوجة (والاصل فيه) أى فى اللعان ما هو الا (حد القذف) لانه قذفها

النخل أى عليها قلنا الحق انها على حقيقتها لتمكن المصلوب فى الجذع تمكن الكائن فى الظرف فيه فان قيل الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود و بالارادة تترك حقيقة الكلام الى ما يحتمله ولا خفاء فى الاحتمال قلنا لما ثبت أن ظاهره للفاحشة كان قذفا حقيقة ودعوى المجاز غير مسموع عنه كما لو قال زنيت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنات على الجبل قيل لا يجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقيل يجب للمعنى الذى ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله زناى ما كان معك بعد النكاح) أطلق لفظ الزنا على الوطء الحلال على طريق المشاكلة كما فى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لا على تحقيق الزنا فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان (قوله فجاء ما قلنا)

فاذا

الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا للدرء اللعان الذى هو بمعنى الحد وقوله (ولو قالت زنيت بك) يعنى فى جواب قوله لها يا زانية وقوله (وانعدامه) أى انعدام التصديق من الزوج وقوله (و يحتمل انها أرادت زناى ما كان معك بعد النكاح) اعترض عليه بان الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محلا وأجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما فى قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ففى حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفى حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان قوله (لانه) أى اللعان (حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

باب اللعان قال المصنف (وهو المراد فى مثل هذه الحالة) أقول أى يجوز ارادته وانما قال لدفع ما عسى يقال انه لا احتمال لتلك الارادة لان ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان (والولد ولده) فى الوجهين لاقراره به سابقا أو لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه أنكر الولادة و به لا يصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها وهى شرط الاحصان

(فاذا بطل) الحلف ببطلان (التكاذب صير الى الاصل) فيحد الرجل وقوله (وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان) الذى ذكره فى اللعان انه اذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفى الولد وتفريق القاضى حده القاضى وحل له ان يتزوجها وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله (والولد ولده فى الوجهين) أى ما اذا أقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه أولا ثم أقر به (لاقراره به سابقا) فيثبت ولا ينتفى بما بعده (أو لاحقا) فى الثانية فيثبت به بعد النفى وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال ان سبب اللعان ليس الا نفى الولد فان لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفى الولد قطع النسب ألا ترى أنه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هنالك يقطع نسبه وأما أنه لو نفى نسب ولد امرأته الامة فانه ينتفى النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له فى الجواب (قوله وان قال) أى الزوج الذى جاءت زوجته بولد (ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه) اذا أنكر انه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفى كونه ابنه لنفى ولادتها اياه و بنفى ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى) وقت القذف أو ميت (فلا حد عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فانه يحد ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد حد أو لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حد ولا يحد الذى قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه و يحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزوانى ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد فى ذات الاولاد قيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها أى الى الامارة (وهى) أى العفة (شرط) واعلم انه ان صح ما رواه الامام أحمد وأبو داود فى حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه أحمد أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ولد المتلاعنين انه يرث أمه وترثه أمه ومن رماها به جلد

أى وقوع الشك فى الحد والعان فبطلا (قوله والعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغى أن يقطع النسب أى ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما ألا ترى أنه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان (قوله ففاتت العفة نظرا اليها) أى ولادة ولد لا أب له ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا فان قبل اللعان فى جانبها قائم

(واذا بطل التكاذب) باكذاب الرجل نفسه (يصار الى الاصل والولد ولده فى الوجهين) أى فى الوجه الذى أقر ثم نفى وعكسه قوله (لاقراره به سابقا أو لاحقا) أى لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفى فيما اذا أقر ثم نفى أو لاحقا فيما اذا نفاه ثم أقر به وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال ان سبب اللعان هنا هو نفى الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجرى بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضى بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما أى من نسبته الى الزنا ومن نفى الولد منفصلا عن الآخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفى الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا ألا ترى أنه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابنى فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفى الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله أنت زانية قوله (وان قال ليس بابنى ولا بابنك) ظاهر وقوله (أو قذف الملاعنة بولد) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى وقوله (بولد) يتصل بالملاعنة وقوله (ففاتت العفة نظرا اليها) أى الى امارة الزنا (وهو) أى العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهى فائتة فلا يجب الحد

قال المصنف (واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول فى الكافى و ينتفى النسب بدون اللعان كما لو نفى نسب امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان اذ فانفك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدما (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) أقول كما مر فى باب اللعان (قوله ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى) أقول يعنى فى الكافى النسفى (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

وقوله (ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ظاهر (فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي أن يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية ووجدت بخط شيخي في جواب هذه الشبهة فانا نسلم ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها

قال (ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه) اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين أحدهما حرام لعينه والآخر لغيره والاول منشأ حرمته شيآن حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الاجنبية أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أمته وهي أخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطء أمته المجوسية ووطء أمته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق

(قوله فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول كما سبق في باب اللعان وأجاب الاتقاني عن هذا السؤال بان معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا ولم يحد الرجل حد القذف فاجرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقه بآية اللعان

(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام أمارة الزنا قال (ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق

ثمانين أشكل على المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد (ولو قذف امرأة لاعنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها أجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره ألا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها الا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك الا أن للشافعية في وجه انه اذا قذفها أجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انه لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته ليسقط احصانها وانما هو ليشتفي الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بان يضاف الى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالايمان الغموسة أو يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد أول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع وورود السؤال انما هو بناء على انه كلام حقيق على ظاهره وليس كذلك فلا وروده (قوله ومن وطئ وطأ حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة (ولان القاذف صادق) لان الوطء في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو أبهم أما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه في أصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن أبي ليلى ووجه قولنا ان النص انما

مقام حد الزنا فكانت محدودة في الزنا فوجب أن لا يحد قاذفها قلنا اللعان في جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره ألا ترى أن اللعان قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته أو نقول اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد أمارة الزنا منها فينبغي أن يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا وقائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف (قوله ومن وطئ وطأ حراما) نحو ان تزوج امرأة نكاحا فاسدا متفقا على فساده فوطئها وهو يعلم بذلك أو لا يعلم أو وطئ جارية مشتركة أو وطئ جارية ثم استحقت منه وهو لا يعلم أنها لغير البائع أو وطئ بنكاح ثم علم أن المرأة ممن لا يحل له نكاحها (قوله في غير ملكه) أي من وجه أو من كل وجه احترز به عما اذا أتى أمته وهي مجوسية

من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما وليس معناه ان اللعان كاجراء الحد ألا يرى ان التفريق والاصل

بينهما انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلا فاذن أكد اللعان احصانها فمحال أن يسقط الاحصان بما يثبته اه فليتأمل (قوله قلنا بلى لكنه الى قوله فتعارض الوجهان فتساقطا الخ) أقول واعترض عليه الاتقاني بانها اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغي على هذا ان لا يجب الحد على القاذف اه وقدمنا من الشارح في باب الشهادة على الزنا ما يقاربه فتذكر

والاصل فيه أن من وطئ وطأ حراما لعينه لايجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء فى غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه

أوجب الحد على من رمى المحصنات وفى معناه المحصنين وبالزنا لايبقى الاحصان فرميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزر (والاصل) فيما يعرف به الوطء المحرم الذى يسقط الاحصان والوطء المحرم الذى لايسقطه (ان من وطئ وطأ حراما لعينه لايجب الحد بقذفه) على قاذفه (لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وان كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم (لعينه هو الوطء فى غير الملك من كل وجه) كوطء الحرة الاجنبية والمكرهة أعنى ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم ولايخرج الفعل به من أن يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطئ ذكره فى المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التى هى أخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطء أمتيه الاختين أو الزوجة فى حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) فى ثبوت حد القاذف للواطئ فى الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لايحل له الجمع بينهما فى عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما فى العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف مالو نظر الى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها احد قاذفه عند أبى حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولايحد عندهما التابيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية أبيه فوطئها فيسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء وأبو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهى حرمة ضعيفة لا ينتفى بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطء الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله (أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطء أمته التى هى خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله بيانه) شروع فى تفريع فروع أخرى على الاصل (اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لاحد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرئ

أو امرأته وهى حائض أو مكاتبة له فلا يسقط احصانه لان الوطء وان كان حراما الا أنه فى ملكه (قوله فالوطء فى غير الملك من وجه) كوطء الجارية المشتركة أو من كل وجه كوطء الاجنبية وانما ساوى فى حق سقوط الاحصان لان حد القذف عقوبة يسقط بالشبهة فيصير الزنا من وجه شبهة مانعة وجوبه كما يصير عدم الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا (قوله والحرمة مؤبدة) كامته التى هى أخته رضاعا (قوله وأبو حنيفة رحمه الله يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة الاب بملك النكاح أو بملك اليمين ثم اشتراها ابنه فوطئها لايحد قاذفه أو بالحديث المشهور كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فان حرمتها ثابتة

لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة الاب بعقد ملك النكاح أو ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطئها لايحد قاذفه (أو بالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بالشهود وهو مشهور روفى النوع الثانى يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال ألا ترى أن المجوسية اذا أسلمت أو أخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه

(وكذا اذاقذف امرأةزنت فى نصرانيتها) لتحقق الزنامنهاشرعالانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلا أتى أمتهوهى مجوسية أوامرأته وهى حائض أومكاتبة له فعليه الحد) لان الحرمة مع قيام الملك وهى مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن أبى يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذهى مؤقتة (ولوقذف رجلا وطئ أمتهوهى أخته من الرضاعة لايحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبامات وترك وفاء لاحد عليه) لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة

الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة فى الاقرار الاول لايعمل ههنا فانه لما لم يقارنه بل وقع متاخرا والغرض ان بالاقرار تقرر حق آدمى لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمى لاترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا فى اسقاط الحد (قوله وكذا اذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) أو رجلا زنى فى نصرانيته فانه لايحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان فى نصرانيتها بان قال زنيت وأنت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لايحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلاحد عليه لانه انما أقر انه قذفها فى حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حده لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولا حتى ان الكافر الحربى اذا زنى فى دار الحرب ثم أسلم فقذفه لايحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية) أو مزوجة أو المشتراة شراء فاسدا (أو امرأته وهى حائض) أو مظاهر منها أو صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط احصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لان الحرمة) فى كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين (وعن أبى يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة لغيره اذ هى مؤقتة ووجوب العقر لايدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطئ أمته المرهونة وهى بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره فى المبسوط (ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع لايحد لان الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لايسقط الاحصان وهو قول مالك وأحمد والشافعى رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية وجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة أما حرمة الرضاع لايمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل لغيره (قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لاحد عليه لتمكن الشبهة) فى شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة فى أنه مات حرا أو عبدا فاورث شبهة فى احصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الاحصان

بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لانكاح الا بشهود وهذا الحديث مشهور وذكر فى الفوائد الظهيرية لان التحريم المؤبد ينافى ملك المتعة وان لم يناف ملك الرقبة فيصير الوطء واقعا فى غير الملك من وجه فيصير زنا من وجه (قوله والحرمة لغيره) وهو قيام حقها فى اليد (قوله اذ هى مؤقتة) أى منقضية بفسخ الكتابة أو بالعجز (قوله ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاعة لايحد لان الحرمة مؤبدة) وهذا هو الصحيح وذكر الكرخى رحمه الله أنه لايسقط به الاحصان لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيح فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة فمن ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء

وبقية كلامه ظاهر وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لايسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذى هو المبيح لايسقط احصانه كوطء امرأته الحائض أو المجوسية أو التى ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التى زوجها وهى فى عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافيا فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينتفى الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفى الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه قلنا السبب لايوجب الحكم الا فى محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فى حقه لايثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا وقوله (لمكان اختلاف الصحابة) يعنى فى

أنه مات حرا أو عبدا على ما يجيء في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله (وقدمر في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك وقوله (فقذف مسلما حد) جواب ظاهر الرواية وعلى قول أبي حنيفة أولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) رد بانه انما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين فاما على أهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه وأجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على أهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان أهلية الشهادة على الاشرف تقتضي أهليتها على الاخس ولقائل أن يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد أولا موجود وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا أسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول هنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بعد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام و بعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم نقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين

(ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة وقالا لا حد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح (واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما أن لا يؤذي وموجب اذاه الحد (واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات (واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده (فان أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان

(قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بامه الخ) يعني لو تزوج مجوسي بامه أو أخته أو بنته (ثم أسلم ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال اسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة (وقالا لا يحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقد مر في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك (قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة أن لا يؤذي) وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذي فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد (قوله واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافية (تعرف في الشهادات) ان شاء الله تعالى (قوله واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهذا لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم (فاذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) لان النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة أبدا والردة ما زادته الا شرا فبالاسلام لم تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على أهل الاسلام وغيرهم و به اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الاسلام على أهل الذمة لانها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الاسلام فقط أو على المسلمين و بتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق فانه لا تقبل له شهادة أبدا لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو برد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والحادثة شهادة واقعة في الآباد فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الوسع فحينئذ كلف برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادة قائمة ان كانت والا فيما يحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم فلو حدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب أخذ مقتضاه

المحل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا (قوله وقد مر في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك من كتاب النكاح

(قوله ولقائل أن يقول سلمنا الخ) أقول أنت خبير بان المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الاسلام (قوله فكيف ينقلب موجبا للرد الخ) أقول كمسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بحد القذف قبل الاسلام و بعده) أقول فيه شيء اذ ليست هي تلك الشهادة بعد الاسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول وسيجيء ان شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام

ردشهادته بعد العتق من تمام حده (وان ضرب سوطا فى قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبى يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول أصح قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)

(قوله وان ضرب) يعنى الكافر (سوطا فى) حد (قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له) أى للحد (والمقام بعد الاسلام بعض الحد) و بعض الشئ ليس هو ذلك الشئ فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبى يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول أصح) لما ذكرنا وعرف انه لو أقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم أسلم وأقيم الباقى تقبل شهادته عند أبى يوسف أيضا وأورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغى أن لا يكون صفة وأيضا جعله صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر أجيب بان النص ورد بالامر بالجلد والنهى عن القبول وليس أحدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهى به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر وأصل هذا ما ذكر فى الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزأ فما دونه يكون تعزيرا لا حدا والتعزير غير مسقط للشهادة قال وفى هذه المسئلة عن أبى حنيفة ثلاث روايات احداها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للاكثر مقام الكل وهى التى ذكرها المصنف عن أبى يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلاث فى النصرانى اذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر فى الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) سواء قذف واحدا مرارا أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان بقذف قبل أن يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا الا اذا كان بقذف آخر مستانف وحكى أن ابن أبى ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين فى المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا للعجب لقاضى بلدنا أخطأ فى مسئلة واحدة فى خمسة مواضع الاول أخذه بدون طلب المقذوف والثانى أنه لو خاصم وجب حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغى أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول والرابع ضربه فى المسجد والخامس ينبغى أن يتعرف ان والديه فى الاحياء أولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذى بقى وسنذكر منه أيضا فى فروع نختم بها وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة أى من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله ثم ما سبق منه وعند الشافعى ان قذف جماعة بكلمة فكذلك فى قول وان قذفهم بكلمات أو قذف واحدا مرات بزنا

(قوله وان ضرب سوطا الخ) أجمع العلماء على القبول اذا حد حد القذف قبل الاسلام وأجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الاسلام أما اذا أقيم بعض الحد قبل الاسلام وبعضه بعده فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب فى كفره تسعة وسبعين سوطا و بعد الاسلام واحدا لا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال اتمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان أقيم أكثره بعد الاسلام لا تقبل اذ الاقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب البعض لان الرد تتمة الحد فلا بد من وجوده ليكون الرد تتمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد أيضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على أهل الاسلام وأهل الذمة (قوله والاول أصح) لان بعض الحد لا يكون حدا ولهذا لو ضرب تسعة وسبعين سوطا لا ترد

امكان الموجب وهو الرد قوله (وان ضرب سوطا فى قذف) ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى لما أن العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف فى موضعه والجواب أنا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة وقيل فى الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهى عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهى رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به (وعن أبى يوسف أنه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر) فكأن الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن أبى حنيفة أيضا (والاول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالامر بالحد والنهى عن قبول الشهادة الخ (وقوله ومن قذف أو زنى الخ) ظاهر

متعلق بالمقام (قوله وقيل فى الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الاسلام ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما فى الهداية فتامل

أما الاولان فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود فى الثانى وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما وقال الشافعى ان اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان وبقولنا قال مالك والثورى والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وحماد وطاوس وأحمد فى رواية وفى رواية كقول الشافعى الذى ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفى الجديد للشافعى لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمى ولنا ما ذكر من قوله (أما الاولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار) عن فعله فى المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود فى الثانى) والحدود تدرأ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الاول بل هذا ضرورى فانك علمت ان المخاطب بالاقامة فى قوله فاجلدوا هم الائمة ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا الجلد مائة أو ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرر بالتكرر فيما اذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحده مرتين وفى حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال له بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى أن هذا حق آدمى بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق الله تعالى أو حق آدمى فما ذكر المصنف أخصر وأصوب وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما) لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجرى فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الاعراض فحيث أقيم ثبتت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد فى الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعنى وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حددنا فى الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه *(فروع)* ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص فى العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ أخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرها فانه أضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول على ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحدود وهو منهى عن ذلك وان كان محصنا اقتص

شهادته ولو كان الاكثر قائما مقام الكل لردت شهادته (قوله لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلا يتداخل (قوله وقال الشافعى رحمه الله ان اختلف المقذوف) بان قذف غير الاول أو المقذوف به بان قذف الاول بزنا آخر لا يتداخل وذكر فى المبسوط لو قذف جماعة فى كلمة واحدة بان قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بان قال يا زيد أنت زان ويا عمرو أنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعى رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم

وذكر فى المبسوط لو قذف جماعة فى كلمة واحدة بان قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بان قال يا زيد أنت زان ويا عمرو وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعى ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحقوق

منه فى العين وضرب به حد القذف ثم رجم لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ماسوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لانه يجب عليه بالاخذ وانما يسقط ضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد فى المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضى ان أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام فى الغامدية أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام فى ماعز ولا يستحلف فى القذف اذا أنكره ولا فى شئ من الحدود لانه يقضى بالنكول وهو ممتنع فى الحدود ولان النكول اما بذل والبذل لا يكون فى الحدود أو قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف فى السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضى بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضى عن القذف ماهو وعن خصوص ما قال لان الرمى بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلابد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا أنه قال يازانى وهم عدول حد فان لم يعرف القاضى عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم فى الزنا فارجع اليه ولا تكفل فى شئ من الحدود والقصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل ولهذا لا يحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجرى فى ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه فى الايفاء وهذا لا يتحقق فى شئ من الحدود فاما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبى حنيفة اذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة فى المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان أحضر بينة والا خلى سبيله وعند أبى يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة أيام وقالا حد القذف فى الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفى أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود يحتاط فى درئها لا فى اثباتها وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة أن القاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه به فلا باس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل فى الكفالة بالنفس انما يطالب بهذا القدر فاما ان أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى بالعدالة فهو كما لو لم يقم أحدا ولا يلازمه الا الى آخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال ان له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان وهذا كله عند أبى حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس فى الحدود وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف فى الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء سبب موجب للحد فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد

وهذا يخالف ماذكر فى المنظومة والشرح لان المغلب فيه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لاجله أيضا وعندنا لا يقام اذا علم أن قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وماهو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف وذكر فى الفوائد الظهيرية وقد حكى عن أبى حنيفة رحمه الله أن ابن أبى ليلى كان قاضيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول لرجل آخر يا ابن الزانيين فقال خذوه فاخذوه وأدخلوه فى المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاخبر أبو حنيفة رحمه الله بذلك فقال يا للعجب من قاضى بلدنا فقد أخطأ فى خمسة مواضع

لا يقضى به كما لو اختلفا فى اقراره بالقذف وانشائه له وأبو حنيفة يقول القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثانى حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس فى الانشاء والاقرار الا أنى أستحسن هنالك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ولو قذفها فى الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا فى اللغة التى وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف فى الصراحة ونحوها وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر أنه قال لست لابيك ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أنه أقر أنه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل فى اثبات القذف كتاب القاضى ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضى عندى بينة تصدق قولى أجل مقدار قيام القاضى من مجلسه من غير أن يطلق عنه و يقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتى بهم أطلق عنه و بعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفى ظاهر الرواية لم يفتقر الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضى فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر به كالتأخير الى أن يحضر الجلاد وعن أبى يوسف يستأنى به الى المجلس الثانى لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة أربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا فى الشهود يمهل الى المجلس الثانى وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا أربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم فان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا اقراره بالزنا الا أن المعتبر فى الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراما على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس أو عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضى الشهود ما تتم به شهادتهم فى الحدود *(جنس آخر)* تقدم ان قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط وفى فتاوى قاضيخان قال أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد ولو قال أنت أزنى منى لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى منى حد الرجل وحده ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما أو فجر بك أو جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان أو أشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما لان العادة أن لا معية حال الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذفا رجل قذف ولده أو ولد ولده لا حد عليه ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زانى فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول لك يا زانى لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زانى حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذفه بعد ذلك ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لا حد عليه ولو قال لرجل يا ابنى لا حد عليه لانه تلطف وكذا لو قال يا ابن النصرانى أو يا ابن اليهودى وفى الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال فى ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده است لم يحد لانه ليس

فى مسئلة واحدة أما الاول فليس له أن يأخذه بالحد ما لم يخاصم المقذوف والثانى أنه لو خاصم يجب حد واحد وان قذف ألف رجل يكتفى بحد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغى أن يتربص بين الحدين يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول وهو قد والى بين الحدين والرابع أنه حد فى المسجد وقال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم وانشاد ضالتكم والخامس أنه قذف الوالدين حيث قال يا ابن الزانيين وحينئذ يجب أن يتعرف أنهما فى الاحياء أو فى الاموات فان كانا فى الاحياء فالخصومة اليهما وان كانا فى الاموات فالخصومة الى الابن والله أعلم بالصواب

(فصل في التعزير) لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير باخذ المال

(فصل في التعزير) قال الامام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في آخر باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب كل شئ صنعه الامام ليس فوقه امام مما يوجب الحد فلا حد عليه لان الاستيفاء اليه ولا يمكن أن يستوفي من نفسه واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه بخلاف القصاص وحقوق العباد لان استيفاء ذلك الى أربابها وقال الشهيد وعلى هذا حد القذف ينبغي أن لا يجب على الامام لان المغلب فيه حق الله تعالى ذكر أبو اليسر ولهذا الوجه لا يصح عفو في الشافي لانه بالعفو رضي بانهتاك عرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد فانه اذا رضي بقذفه لا يمتنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث وفي التعليق خلاف ثم ذكر وكان المغلب فيه حق العبد بدليل أنه لا يسقط بالتقادم ولا بالردة ويقيمه القاضي بعلمه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويشترط فيه الدعوى ويقام على المستامن ولا يقام للابن على الاب ولا للمولى على عبده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر فدل على ان المغلب حق العبد والاصول تشهد له فان حق الله وحق العبد اذا اجتمعا يغلب حق العبد لحاجته غير أن الامام يستوفيه دون المقذوف وان كان حقه لانه لو فوض اليه أقامه على أشد الوجوه غيظا فيتلفه وهو كالتعزير انه حق العبد واقامته للامام بخلاف القصاص فان الاستيفاء للولي لانه مقدر وبخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى لانه يلي اقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى ومن وسئل الهندواني رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا قلت وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وكذا القتل ثم وجدت المسئلة في المنتقى عن أبي يوسف كذلك لكن وضعها وجد رجلا مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رأى محصنا يزني جاز له أن يرميه ويقتله وفي جامع قاضيخان فخر الدين في باب من الشهادة في الحدود ان الاصل في كل شخص اذا رأى مسلما يزني أن يحل له قتله وانما امتنع خوفا من ان يقتله ولا يصدق في قوله انه يزني وفي الشافي ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لانه حق الولاة

(فصل في التعزير)

باشارة الى هذه الافعال ولو قال ابن حه كرده ست فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى ابن حه كرداست يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا هو لاحدهما فقال لا لا حد عليه لان أصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعي ما لم يعين المستثنى ومن فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب أربعين ثم جاء به الآخر تم له الثمانين لان الاربعين وقع لهما يبقى الباقي أربعين ولو قذف آخر قبل ان ياتي به الثاني تكون الثمانون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستانفا لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز أن يدخل فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا زانية ويا عبد ولو قال يا قحبة فانه يعزر

(فصل في التعزير) لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي أوكد أتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تاديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا أمر بضرب الزوجات تاديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروي أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عليه الصلاة والسلام قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه أهله وأقوى من هذه الاحاديث قوله عليه الصلاة والسلام لا يجلد فوق عشر الا في حد وسياتي وقوله واضربوهم على تركها العشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو أن الزجر عن الافعال السيئة كي لا تصير ملكات فيفحش ويستدرج الى ما هو أقبح وأفحش فهو واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي أنه ليس فيه شئ مقدر بل مفوض الى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما

(فصل في التعزير) هو تاديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب

(قوله قيل روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى

وهم الذين يلون ذلك وله أن يعزرهما لان التعزير تاديب فجاز أن يليه المولى غاية القاضي رجلا لأنهم الخلفاء في الشرع

وباقي الأئمة الثلاثة لايجوز ومافي الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لايحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة عن الله وسئل أبو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بمادون السلاح لا يقتله وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة يحل قتلها أيضا وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود فانها لم تثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لايقيمه الا الحاكم الا أن يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا رآه الامام واجب وهو قول مالك وأحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روى أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني لقيت امرأة فاصبت منها مادون أن أطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه أن كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا أن ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه ومالم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وماعلم أنه ينزجر بدونه لايجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فانه لم يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا للاستعلام بموجبه ليفعل معه وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضيخان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضي بالنكول ولايخفى على أحد أنه ينقسم الى ماهو حق العبد وحق الله فحق العبد لاشك في أنه يجري فيه ماذكر وأماماوجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا أنه يجب على الامام ولايحل له تركه الا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضيخان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول مافعل يوعظ استحسانا فلايعزر فان عاد وتكرر منه روي عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لايتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير

يزني أو يشرب لم يحد استحسانا ومن محمد يحد وهو القياس اعتبارا بسائر الحقوق وحد القذف والقصاص وجه الاستحسان الاستيفاء الى القاضي والقاضي مندوب الى الدرء بالخبر فلحقته التهمة فيما يستوفيه ولا يستوفى وفي سير بكر اذا شتم الامام الاعظم أحد يفوض الى غيره اقامته لايقيمه بنفسه ولايشتم وفي أدب القاضي القاضي اذا ولى غيره في القضاء له وعليه جاز ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضي القضاة لان المقلد ليس بنائب عن المقلد بل هو نائب عن المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته فكل من تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه له ومالا فلا وفي النظم وكذا قضاؤه لنائبه وفي جمع النسفي لاينفذ قضاؤه للمقلد واستشهد بمن توكل بشيء ثم استقضى فيقضي لموكله في تلك الحادثة لم يجز لانه قضاء لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضي قال وقعت هذه الحادثة لقاضي القضاة المروزي فقال لي يجب أن يجوز لان نائبي يعمل للشرع لالي فقلت هل أنت اذا بغسلك لنفسك فانت نائب الشرع فانقطع فالوجه لمن ابتلي بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذي ولاه أن يولي قاضيا آخر حتى يختصما اليه فيقضي أو يحكما واحدا اه

قال الله تعالى فاضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا أمر بضرب الزوجات تمهيدا وتأديبا لهن والسنة قال عليه السلام لاترفع عصاك عن أهلك وروي أنه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يامخنث ولان زجر الدعار عن الجنايات ومساوي الاخلاق واجب تقليلا لها والتعزير صالح للزجر فيكون مشروعا ثم قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن أبي يوسف رحمه الله أن التعزير بأخذ المال يجوز للسلطان ثم تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وغيرهم

(قوله وقيل روي عن أبي يوسف الى قوله جاز) أقول قال الزاهدي في شرح القدوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال وأرى أن يأخذها ويمسكها فان أيس من توبتهم يصرفها الى مايرى شط التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه المراد من قوله شط شرح الطحاوي (قوله وذكر الامام التمرتاشي)

(ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق) لانه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام (ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر) لانه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء

قلت يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فان عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروءة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروءة عندي في الدين والصلاح (قوله ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر (لانه) أي هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر او يا خبيث أو يا سارق) ومثله يا لص أو يا فاجر أو يا زنديق أو يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي أو قال أنت تلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوى الزواني يا ماوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقا في فتاوى قاضيخان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما لحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه أما من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسئل عن نيته ان أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شئ عليه وان أراد أنه يعمل عملهم عزر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة أو بهيمة عزر قال المصنف (الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى) وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا (لانه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرمي بالزنا (وفي الثانية) وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأي الى الامام) (قوله ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر) لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا بل انما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مؤاجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزر في الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضيخان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب وذكر قاضيخان عن أمالي أبي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية لمحمد لا يعزر وهو الصحيح والمصنف استحسن التعزير اذا كان

الاعلام والجر الى باب القاضي وتعزير أشرف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بان يقول بلغني انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير أوساط الناس كالسوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء الاعلام والجر والضرب والحبس (قوله الا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى) وهي ما اذا قذف غير المحصن بالزنا

وقوله (ومن قذف عبدا أو أمة) ظاهر وقوله (في الجناية الاولى) يعني ما اذا قذف عبدا أو أمة أو أم ولد بالزنا (لانه) أي القذف بالزنا (من جنس ما يجب فيه الحد) وقوله (في الثانية) يعني قوله يا فاسق الخ وقوله (لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل أحد يعلم انه آدمي وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتامل الصحيح وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين

أقول في باب الوطء الذي يوجب الحد (قوله والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول هو كلام صاحب النهاية

والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد وهو حد العبد فى القذف فصرفاه اليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف اعتبر أقل الحد فى الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا فى رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفى هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن على فقلده

المخاطب من الاشراف فتحصلت ثلاثة المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندوانى يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله أولا فلا ويعزر فى مقامس وفى قذر قيل وفى بليد وانا أظن انه يشبه يا ابله ولم يعزر وابه (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا والاصل) فى نقصه عن الحدود (قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين) ذكر البيهقى ان المحفوظ انه مرسل وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمن بن بشير ورواه ابن ناجية فى فوائده حدثنا محمد بن حصين الاصبحى حدثنا عمر بن على المقدمى حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمن بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار مرسلا فقال أخبرنا مسعر بن كدام قال أخبرنى (٢) أبو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم واذا لزم ان لا يبلغ به حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى صراحة عموم النكرة فى النفى فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا والمحل محل احتياط فى الدرء (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا فى رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لانه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهى عنه وفى ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه أمر فى تعزير رجل بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذى كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين وانما أمر بتسعة وسبعين قال وروى مثله عن عمر يعنى خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن أبى الليث قال قيل ان أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار وأكثره مائة والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو لا يضره بعد أن أثره عن على كما ذكر فى الكتاب من أنه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ الغرض أن ما لا يدرك بالرأى يجب تقليد الصحابى فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن على كما قال أهل الحديث انه غريب ونقله البغوى فى شرح السنة عن ابن أبى ليلى وبقولنا قال الشافعى فى الحر وقال فى العبد تسعة عشر لان حد العبد فى الخمر عنده عشرون وفى الاحرار أربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام أن يزيد فى التعزير على الحد اذا رأى

ولم يثبت وفى الثانية وهى ما اذا قذف مسلما بغير الزنا (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد) فى المغرب بلغ بالتخفيف هو السماع وأما ما يجرى على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول كما فى قوله عليه السلام ألا فليبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك على حذف المفعول الثانى والتقدير من بلغ التعزير حدا وانما حسن الحذف لدلالة قوله فى غير حد والذى يدل على هذا التقدير قولهم لا يجوز تبليغ غير الحد الحد وذكر هذا الحديث فى الفوائد الظهيرية ثم قال وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لا من التبليغ لان المبلغ اليه غير مذكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لا تبليغ الحد غير الحد ومعنى بلغ بالتخفيف أتى كقولهم بلغ المكان أى أتاه فيصير تقدير الحديث كأنه قال من أتى حدا فى موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين (قوله وهو مأثور عن على رضى الله عنه) وتأويل ما روى

(فاذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد) وهو حد العبد فى القذف (فصرفاه اليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير فى الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد فى المذهبين جميعا وأن البلوغ الى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فصار الى أقل ما يمكن التيقن به نظيره وقت الصلاة فان الكل لما لم يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى أقل ما يمكن وهو الجزء الذى لا يتجزأ وكلامه واضح

(قوله فصرفاه اليه وذلك أربعون الخ) أقول التيقن قال الاتقانى قوله فصرفاه اليه أى صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير الى أدنى الحد فنقصا منه سوطا اهـ والاوجه أن يقال أى فصرفا الحد المذكور فى الحديث الى أدنى الحد (قوله والتنكير فى الحديث ينافيه) أقول المطلق قد ينصرف الى الكامل كما بين فى علم الاصول فقوله والتنكير ينافيه ممنوع

(٢) بهامش نسخة العلامة البصراوى الذى فى نسخ التخريج الوليد بحذف لفظ أبو فليحرر كتبه مصححه

ثم قدر الادنى فى الكتاب بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الامام فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن أبى يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال

المصلحة فى ذلك مجانبا للهوى النفس لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه فضربه مائة ونفاه وروى الامام أحمد باسناده أن عليا أتى بالنجاشى الشاعر قد شرب خمرا فى رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر فى رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن يحتمل أن له ذنوبا كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها التزوير وأخذ مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها وحديث النجاشى ظاهر ان لا احتجاج فيه فانه نص على أن ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره فى رمضان وقد نصت على أنه لهذا المعنى أيضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا أتى بالنجاشى الشاعر وقد شرب الخمر فى رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى وافطارك فى رمضان فان الزيادة فى التعزير على الحد فى هذا الحديث وعن أحمد لا يزاد على عشرة أسواط وعليه حمل بعض أصحاب الشافعى مذهب الشافعى لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبى وقد صح عنه عليه السلام فى الصحيحين وغيرهما من حديث أبى بردة أنه قال لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد من حدود الله وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار أحد وكتب عمر الى أبى موسى رضى الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من أنه ليس فى التعزير شئ مقدر بل مفوض الى رأى الامام أى من أنواعه فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره أما ان اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فانه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين (قوله ثم قدر الادنى فى الكتاب) يعنى القدورى (بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الامام بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس) ووجه المخالفة هذا الكلام لقول القدورى أنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح فى الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضى من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدورى أنه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم أقله اذ ليس وراء الاقل شئ وأقله ثلاثة ثم يقتضى أنه لو رأى أنه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى أنه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فانه أقل ما يجب منه فى ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لا ينزجر الا باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الاكثر فقط ثم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبى يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه أنه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس والقبلة للاجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمى بغير الزنا من المعاصى من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر فى اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ويعزر فى قوله نحو يا كافر ويا خبيث أقل جلدات التعزير لكن فى فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير ان كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب أقصاه فيكون مفوضا الى رأى الامام

وقوله (فيقرب المس والقبلة من حد الزنا) يعنى فيكون فيه أكثر الجلدات وقوله (والقذف بغير الزنا من حد القذف) يعنى فيكون فيه أقل الجلدات

عنه أن عليا رضى الله عنه كان يعقد لكل خمس فلما بلغ خمسا وسبعين لم يعقد لانه بقى أربع ضربات فلم يبلغ

وقوله (لانه) يعنى الحبس (صلح تعزيرا) وقوله (وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا التعزير (وقوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة) لايضاح أن الحبس يصلح التعزير فيما يجب فيه التعزير أى لم يشرع الحبس بسبب التهمة فى الشئ الذى يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفى فصل الحد يحبس بالتهمة لان فى باب الحد شيأ آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز أن يحبس فى تهمته لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفى باب الاموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس (١١٧) عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام أن يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما أن للامام الرأى فى تقدير الضربات فكذلك فى ضم الحبس الى الضرب قال وأشد الضرب التعزير قال الحاكم فى الكافى وضرب التعزير أشد من ضرب الزانى وضرب الزانى أشد من ضرب الشارب وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف وضرب القاذف أخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير أشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانيا فى وصفه كى لا يؤدى الى تفويت المقصود) وهو الزجر واختلف المشايخ فى شدته قال فى شرح الطحاوى قال بعضهم هو الجمع فى عضو واحد بجمع الاسواط بعضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته فى الضرب لا فى الجمع ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة رضى الله عنها فضربه عمر رضى الله عنه ثلاثين سوطا كلها يبضع ويحدر أى يشق ويورم ومعلوم أن عمر رضى الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره بشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشئ بنفسه

(وان رأى الامام أن يضم الى الضرب فى التعزير الحبس فعل) لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به فى الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم اليه ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع فى الحد لانه من التعزير قال (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء

(قوله وان رأى الامام أن يضم الى الضرب فى التعزير الحبس فعل) وذلك بان يرى أن أكثر الضرب فى التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها أو هو فى شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس (لان الحبس صلح تعزيرا) بانفراده حتى لو رأى الامام أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة له فعل ذكره فى الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفى به (وقد ورد به الشرع فى الجملة) وهو ما سلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة (فجاز أن يضمه) اذا شك فى انزجاره بدونه (قوله ولهذا) أى ولان الحبس بمفرده يقع تعزيرا تاما (لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته) أى لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسال عن الشهود ويحبس فى الحدود وهذا لانه اذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيأ آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة (قوله وأشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى الى فوات المقصود) من الانزجار (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر فى المحيط أن محمدا ذكر فى حدود الاصل

خمسا فلذلك لم يعتقد فظن الراوى أنه جلده خمسة وسبعين (قوله وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ما روى أن النبى عليه السلام حبس رجلا التعزير (قوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته) هذا لايضاح أن الحبس يصلح التعزير أى ولهذا لا يحبس فى تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يا فاسق فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود كما شرع فى الحد لان الحبس تعزير فلا يحبس قبل ثبوته بخلاف ما اذا اتهم بما يوجب الحد لان التعزير أدنى من الحد فناسب أن يعاقب به هذه التهمة بما يوجب الحد لانه أدنى منه (قوله كى لا يؤدى الى فوات المقصود وهو الزجر ولهذا لم يخفف من حيث التفريق) ذكر فى المحيط أن محمدا رحمه الله ذكر فى حدود الاصل أن التعزير يفرق على الاعضاء

قال المصنف (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) أقول قال صاحب الكافى فى حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفى أشربة الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة اختلاف الروايتين وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ التعزير أقصاه بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج وموضوع الثانى اذا لم يبلغ أقصاه بان كان فيما عدا هذين الموضعين اه وفى فتاوى الامام التمرتاشى فى التعزير لا يفرق الضربات لانه تليل ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الاليتين وفى المنتقى قالوا هذا فى أدنى التعزير وهو ضرب بسوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط وأما فى أقصاه فيفرق اه

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر

أن التعزير يفرق على الاعضاء وذكر فى أشربة الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة روايتان بل موضوع ماذكر فى الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير يفرق على الاعضاء والا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما فى الاشربة ما اذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا احد عددا يسيرا فالاقامة فى موضع واحد لا تفسده وتفريقها أيضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع فى محل واحد وعلى هذا تغنى شدة الضرب قوته لا جمعه فى عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع فى عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلى التعزير فى الشدة (لانه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو اتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى فى القرآن وفى زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يفيد انه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فرية و بالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه (ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال على رضى الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر فى المبسوط بانه يحد ويعزر فى ازار واحد وفى فتاوى قاضيخان يضرب فى التعزير قائما عليه ثيابه و ينزع الحشو والفرو ولا يمد فى التعزير (قوله ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعى رحمه الله يضمن ثم فى قول تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذى يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفى قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين فى التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له فى التعزير بحق الله تعالى (وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما فى الفصاد) لانه لا بد له من الفعل والاحتراز والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذى فى وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالغ فى التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح

ولا يضرب العضو الذى لا يضرب فى حد الزنا وفى كتاب الاشربة يضرب التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة روايتان لكن موضوع ماذكر فى كتاب الحدود أنه وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كى لا تكون الاقامة فى موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضع وموضوع ماذكر فى الاشربة أنه يعزر أدنى تعزير كسوط أو سوطين أو ثلاثة ومتى كانت الحالة هذه فالاقامة فى موضع واحد لا يؤدى الى فساد ذلك الموضع (قوله وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة) لان الامر طلب فعل المامور به من المامور وهو اثبات والاثباتات ليست بقابلة للتعليق بالشرط لانه حينئذ

وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر وقوله (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) ذكر مسئلتين احداهما مبنية على الامر وهو لا يقتضى السلامة فى اتيان المامور به والاخرى على الاطلاق وهو نقيضها والفرق بينهما ان الامر لطلب المامور به وهو من الاثباتات وهى لا تقبل التعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر فيأتى المامور بما فى وسعه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المامور فى ضرب الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق فى اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغى ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة فى ترك وصف السلامة كالمرور فى الطريق

قال المصنف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) أقول يقال ذهب دمه هدرا أى باطلا واعلم ان هذا ينبغى ان يكون قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر فى باب الشهادة على الزنا من انهما غرما بيت المال لو مات من الجلد قال المصنف (فى بيت المال) أقول وفى قول آخر فى ماله كما سبق فى باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أى من غير واسطة حلد الجلاد فلا يكون الاتلاف خطأ منه (قوله واما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

زوجته

زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق وقال الشافعى تجب الدية فى بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب غير أنه تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

(كتاب السرقة)

فى الفعل واطلاقه وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور فى الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعى أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف ذكره فى المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد *(تتمة)* الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا ولو قال له يا خبيث الاحسن أن يكف عنه ولو رفع الى القاضى ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس واذا أساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفى فتاوى القاضى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن الى أن يظهر التوبة وفيها عن أبى يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى أنه يخلق ما يفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شئ قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روى عن عمر أنه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاد فى فتاوى قاضيخان وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدرى كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفى الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل قال فى الخلاصة هكذا ذكره القاضى مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعنى عدم الحكم بارتداده فينبغى أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع فى قلبه ان أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له ان يكتب اليه وان لم يقع فى قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر فى نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم الذى يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغنى والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمى يعزر لانه ارتكب معصية ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن الى أن تظهر التوبة وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة والله أعلم

(كتاب السرقة)

يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاسقاطات وهى قابلة للتعليق فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف رحمه الله والرواية فى المحيط مع أن الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحتراز عن التلف ممكن وأطلق له فى ذلك الفعل فكان ينبغى أن يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعها قلنا انما لم يجب الضمان هنالك لان ضمان المهر قد وجب فى ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز كذا فى المحيط وتصح فى التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والتهذيب والله تعالى أعلم

(كتاب السرقة)

(وقال الشافعى فى التعزير تجب الدية فى بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم)

(كتاب السرقة) لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع فى ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال والسرقة فى اللغة عبارة عما ذكر فى الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية

(كتاب السرقة) (قوله لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والاعراض أيضا فان الاول صيانة جزئها والثانى صيانة ما يتصل بها فانه صيانة ماء الوجه (قوله لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول لان المال وقاية النفس قال الله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا وقال الشاعر

أصون عرضى بمالى لا أدنسه * لا بارك الله بعد العرض فى المال

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الامن استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي في ترتيبها في التعليم ترتب أسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لان تعلمه وتعليمه أهم وأعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرا قبيحا ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الامر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فأخره والسرقة تفسير لغة وهو ماذكر في الكتاب وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعمم الشبهة في التأويل قيل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين عاالامر دله كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء قط هذا وسيأتي في السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوي) يعني الخفية (مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء) وذلك في سرقة النهار في المصر (أو ابتداء لا غير) وهي في سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم

هي أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة (قوله ومنه استراق السمع) لانه يسمع كلام المتكلم في حال غفلته قال الله تعالى الامن استرق السمع أي رام اختلاسه سرا ومسروق الشياطين من الملائكة كلام (قوله وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) منها في السارق وهو أن يكون مكلفا أي عاقلا بالغا ومنها في المسروق وهو أن يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم أو بما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان أخذ المباح يسمى اصطيادا واحتطابا لا سرقة وما لا يكون محرزا لا يكون أخذه سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا شرطا بالنص وشرائط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز في المال الخطير فالحقير تافه لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص (قوله والمعنى اللغوي) أي الاخذ على

وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوي) وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية اعلم أن مانقله الشارع الينا على ثلاثة أقسام أحدها ماهو مقرر على ما انبأنا به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثاني ما هو المعدول عما أنبأنا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما أنبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ماذكرناه وفيه نظر لان الصلاة في اللغة الدعاء

(قوله وقوله وقد زيدت عليه الى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مسامحة في العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول هذه هي السرقة التي توجب القطع والا فسرقة مادون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق مادون النصاب يرد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع كذا في الخلاصة وغيرها (قوله محرزا للتمول الخ) أقول احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر فان المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والامثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل) أقول احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لاجل حق فانه أخذه متأولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة فخر الدين الزيلعي في أول كتاب الصلاة الصلاة في اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أي ادع لهم وانما عدي بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفي الشرع عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييرا لا نقلا وفي الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه في الامي انتهى وفيه تامل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الاربع مع وجود المعنى الاصلي فيها (قوله والثالث ما انبأنا به مقرر الخ) أقول أي ما أنبأنا به وفي

وهي مقررة في الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله (كما اذا نقب الجدار على الاستسرار) تفسير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة أي مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ

وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير

أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور وأما شروط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل (قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما) لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب (قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف في أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد

سبيل الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعني اذا كانت السرقة نهارا او ابتداء لا غير يعني اذا كانت السرقة ليلا لان أكثر السرقات يصير مغالبة في الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لا يلحقه الغوث فلو لم يكتف بالخفية وقت الدخول في الحرز لامتنع القطع في الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا في الذخيرة وفي الحاوي أنه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعدما صلى الناس العتمة وسرق خفيا أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع ولو دخل اللص دار انسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار (قوله وفي الكبرى) أعني قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين أو لانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله (قوله أو من يقوم مقامه) كالمودع والمستعير والمرتهن والمضارب والغاصب (قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما) أي الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لا جناية بلا تكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ

لامتنع القطع في أكثر السرقات لان أكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه

اللغة (قوله وهي مقررة في الشرع) أقول فيه ان الصلاة ليس يلزم ان يشتمل على معنى الدعاء كما في الامي (قوله وان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ) أقول فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات قال المصنف (واذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول قال في الكنز السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة الزيلعي في شرحه قوله مضروبة اشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تندرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أواني الفضة أو الزيوف اذا سرقها وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خبير بان المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتامل فانه يقال ذلك فيما اذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم والا فيتحقق الشبهة

وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا فى ثمن المجن وأقل مانقل فى تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به أولى غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الاخذ بالاكثر فى هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان فى الاقل شبهة عدم الجناية

من مقدار معين لا يقل فى أقل منه فقال بالاول الحسن البصرى وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده و يسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عليه الصلاة والسلام لاقطع الا فى ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم فى الاول التاويل بالحبل الذى يبلغ عشرة دراهم و بالبيضة البيضة من الحديد أو النسخ ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ ما ر و يتم قلنا لا تاريخ بقى وجه أولوية الجل وهو مع الجمهور فان مثله فى باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك و به يتقيد اطلاق الآية و بالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) باخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان مالا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا تخصيص عقلى بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين فى تعيينه فذهب أصحابنا فى جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لما روى مالك فى موطئه عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق فى زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنى عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع فى أترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعت الى انتهى وكون المجن بثلاثة فى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا فى مجن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفى لفظ لهما عن عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا فى ربع دينار فصاعدا (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفى مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله ان القطع فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا فى ثمن المجن انه ما كان الا فى مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهى ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الاخذ بالاكثر فى هذا الباب أولى احتيالا للدرء) فعرف أنه قد قيل فى ثمن المجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث أيمن رواه الحاكم

(قوله وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار) وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لا اختلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثنى عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن أبى ليلى رحمه الله نصاب السرقة مقدر بخمسة دراهم وقال عكرمة رحمه الله باربعة دراهم وعن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى رضى الله عنهما باربعين درهما وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصرى رحمه الله (قوله وهو المتيقن به) روى فى ثمن المجن ثلاثة دراهم روى أنه خمسة دراهم وعند الاختلاف فى القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون فى القيمة يؤخذ بالاقل قلنا روى أيمن ابن أم أيمن وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أن المجن الذى قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام

لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء وأما تقدير المال فلماذكره فى الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصرى رضى الله عنه مستدلا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لا سرقة وكذلك ماليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر الماخوذ لانه مشتق من السرقة وهى القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوى والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لاقطع الا فى دينار او عشرة دراهم رواه الترمذى فى جامعه عن ابن مسعود

(قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب للائمة لا للسراق (قوله لانه مشتق) أقول بالاشتقاق الكبير وفيه مافيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ قال المصنف (غير ان الشافعي) أقول أنت خبير بانه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر وهذا لدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف (وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول فيه انهم صرحوا بان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا

وهي دارئة للحد وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

في المستدرك عن مجاهد عن أيمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعي أنه قال لمحمد بن الحسن رضي الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن بن أم أيمن أخي أسامة بن زيد لامه وان الشافعي أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبي حاتم في المراسيل وسألت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور وعن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال أبي هو مرسل وأرى انه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم التابعي آخر وقال أبو الحجاج المزي في كتابه أيمن الحبشي مولى بني مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى أن قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما أحسب ان له صحبة فقد جعلهما اسما لتابعين وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن أبي حاتم أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخا أسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطني في سننه أيمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في أيمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي أو تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما أمكن في الحدود ثم يقوى بما رواه النسائي أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطني أيضا وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه وأشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود أنه قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ماروه الا عن القاسم لكن في مسند أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على

كان يساوي عشرة والرجوع الى قولهم أولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا أعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال أن الاخذ بالاقل أولى لان في قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب

وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروب عرفا) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة وهو استدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله (وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن جحفة أو ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم وقد أخذ به مالك رضي الله عنه وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه أخذ الامام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاث دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روي في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفا) فاذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (وهو ظاهر الرواية وهو الاصح) للظاهر من الحديث و (رعاية لكمال الجناية) لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا اشترطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة (حتى لو سرق عشرة تبرا) أي فضة غير مضروبة مسكا (قيمتها أقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وأنت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما في الزكاة وتقدم بحثنا فيها في الزكاة وهو أنه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فمقتضى ما ذكروه من أن الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أي يعتبر في القطع وزن عشرة فهذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه أدرأ للحد وما كان دارئا كان أولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أي قول القدوري (أو ما يبلغ قيمته عشرة اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا) حتى لو سرق دينارا قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد

أن يؤخذ بالاكثر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روي أن عمر رضي الله عنه أتي بسارق سرق ثوبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه أن سرقته لا تساوي عشرة فامر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل أنه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم أن النصاب يقدر بعشرة دراهم (قوله كما قال في الكتاب) أي القدوري وهو قوله أو ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة (قوله وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليهما ما يدل على أن المضروبة وغير المضروبة في ذلك سواء (قوله والمعتبر وزن سبعة) أي المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد (قوله اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا) لا يقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع الا في

(قوله الا في ثمن مجن جحفة) أقول بالتحريك بتقديم الحاء (قوله ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث اما أولا فلان قوله ولا مرجح ممنوع وأما ثانيا فلان شرحه لا يطابق المشروح الا ترى الى قول صاحب الهداية ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى الخ (قوله وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول فيه بحث اذ ما ادعاه من الاستلزام غير ظاهر بل الظاهر عكس ذلك والجواب ان مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فانه مختلف فيه وأدنى درجات الخلاف ايراث الشبهة فتامل قال المصنف (اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا) أقول فيه تامل فان المذكور في الحديث الذي رواه أصحابنا الا في دينار أو عشرة دراهم فما بالهم

تعالى .

تعالى قال (والعبد والحر فى القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع الا باقرار مرتين) وروى عنه انهما فى مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا

من الدينار المذكور أنه يقطع به فى الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت أى يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا فى الوقت كذلك أولا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة به عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق فى بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ فى أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفى قول الطحاوى يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مسكوكة لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم فى محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه ذكر فى التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوى عشرة وفيه دراهم مصرورة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا يرى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوى درهما ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للمال وان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر فى القطع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل ضرورة والا أهدر السبب فى حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق فى الجلد فدل على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد) ومالك والشافعى وأكثر علماء هذه الامة (وقال أبو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن أبى يوسف اشتراط كون الاقرارين فى مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبى أمية المخزومى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فقال بلى يا رسول الله فاعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرر اقراره وأسند الطحاوى الى على رضى الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها فى عنقه وأما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها فى العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار به بعدد الشهود نظيره الحاق الاقرار فى حد الزنا فى العدد بالشهادة فيه ولابى حنيفة ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة فى هذا الحديث قالوا يا رسول الله أن هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فعارض بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن حدا فهو فى معناه من حيث انه عقوبة

دينار أو عشرة دراهم لانا نقول نعم قد ورد فى بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ فى الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام رحمه الله تعالى عليه أن بذكر العشرة تبين أن المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع

قال (والعبد والحر فى القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لان عدم التساوى انما يتوهم من جهته وكلامه واضح (وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة) السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا أيضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا

لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه فى الذكر والاحتيال فيه للدرء أشد ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما باحدهما أياما كان لم أقف على وجهه فى كتبهم الى الآن ولعل مستندهم ان تقويم المجن وقع بالدراهم فى الرواية التى أخذوا بها وفيه تأمل وجواب ذلك مذكور فى الكافى فراجعه (قوله وجدت الاعتراض الى قوله ساقطا) أقول الاعتراض للسغناقى

في الزنا واما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيأ لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق

هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفى به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الاقرار الاول اما صادق فالثاني لا يفيد شيأ اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظاهر أنه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (لان صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه وأما النظر المذكور أعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس وكيف وحكم أصله وهو لزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه وتعالى أعلم *(فروع)* من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفي عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة درهم هذا اذا ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ لو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق) وهذا باجماع

عشرة لا بقيمة الوقت لان باعتبار الوقت قد يبلغ الدينار ثلاثين أو أربعين فيصير في التقدير كأنه قال لا تقطع اليد الا في ثلاثين أو أربعين أو عشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم أن المراد بالدينار الدينار المتقوم بالعشرة وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو أيضا قول ابن أبي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع أبي يوسف الى قولهما قال القاضي الامام الزنجري رحمه الله في تعليل هذه المسألة على قولهما أن الاقرار في المرة الاولى ان كان يوجب القطع صح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القطع يوجب الضمان بلا ريب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يستقل باسقاط الضمان الواجب بقوله وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب من أبي يوسف رحمه الله ان شانه علا وارتفع بهذه المسألة حين كان خامل الذكر كان في مجلس هارون الرشيد فاتي بسارق فقالوا للسارق أنت سرقت هذا المال فقال أنا أخذت هذا المال فاتفق الفقهاء من أهل المعالم أنه يقطع فقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع لانه ما أقر بالسرقة وانما أقر بالاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع فغار واوخجلوا وأقروا أن ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانيا فسألوه فقال نعم سرقت فقالوا الله أكبر الآن يقطع فقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فاراد الآن أن يسقط الضمان عن نفسه فاقر أهل المعالم من الشيب والشبان أن الحق ما قاله وذكر في المبسوط تعليل محمد رحمه الله لم أقطعه في المرة الاولى ولم أقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال

(قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيأ لانه لا تهمة فيه وقوله (وباب الرجوع) جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع عن المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا أن لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا

وينبغي

(و ينبغي أن يسالهما الامام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الآحاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرطا لظهوره وفي ذلك سد باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن الزمان فان قيل الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير متهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسال فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسال فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب وقال في المحيط و يسالهما عن المسروق منه أيضا لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله (ويحبسه) أي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا أن رسول

وينبغي أن يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود و يحبسه الى أن يسال عن الشهود للتهمة

الامة (قوله و ينبغي أن يسالهما الامام عن كيفية السرقة) أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة أو أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناوله رفيقه على الباب فأخرجه و يسالهما (عن ماهيتها) فانها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم أيضا أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان و يسالهما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسال القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسال المقر عن المكان لكن يساله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما في الثمر والكمثرى وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وأنت تعلم أن شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأنا مولاه أو جده وانما يسال عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو أن اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول أبي يوسف يجبر ولم يقع تفصيل في هذا الحكم أعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس و يخلد في السجن الى أن يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر و يشتري و يترك الصلاة فانه يحبس و يؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله وله أن يأخذه وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتهمة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا وكذلك في الموت

قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ألا ترى أن بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار أولى (قوله و ينبغي أن يسالهما عن كيفية السرقة) فيقول كيف سرق لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وماهيتها لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سرا يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا قال عليه السلام ان أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته و زمانها أي فيما اذا ثبتت السرقة بالبينة فيسالهما الامام فيقول متى سرق لجواز أنه تقادم العهد وأنه مانع للقطع اذا ثبتت السرقة بالبينة وأما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج الامام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا في المبسوط والمحيط (قوله ومكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب لانه لا يقام الحد على من باشر السبب في دار الحرب (قوله و يحبسه الى أن يسال عن الشهود)

(قوله لان المسروق منه حاضر يخاصم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (و يحبسه) أقول تعزيرا لا توثيقا قال الاتقاني بالنصب عطف على قوله أن يسالهما وانما يحبسه الى أن يسالوا عن عدالة الشهود لان التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء انتهى وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجعه

قال (واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصابه أقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب فى حقه

(باب ما يقطع فيه ومالا يقطع)

(ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والاصل فيه حديث عائشة قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة

وهذا فى كل الحدود سوى الرجم وبعض القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا فى كافى الحاكم (قوله واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصاب أقل لا يقطع) ومعلوم تقييد قطعهم بما اذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبى وعند مالك يقطعون وان لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعنى أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا والله أعلم

(باب ما يقطع فيه ومالا يقطع)

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا أخره عن بيان السرقة وما يتصل بها (قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام) أى اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان أخذوا حرز وصار مملوكا والتافه الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) بريا أو بحريا (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة الطين الاحمر ويجوز اسكانها (والنورة) (قوله والاصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها) هو ما رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه زاد فى مسنده ولم يقطع فى أدنى من ثمن حجفة أو ترس ورواه مرسلا أيضا حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدى فى الكامل مسندا أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزارى عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ولم يقل فى عبد الله هذا شيأ الا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان فى رواياته نظرا ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن أبى شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان واذ عرف هذ

للتهمة لانه لا يمكن التوثيق بالتكفيل لانه لا كفالة فى حقوق الله تعالى ويتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهم لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه (قوله واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع) هذا اذا لم يكن بين هؤلاء السراق صبى أو مجنون فان كان واحد منهما بينهم درئ الحد عنهم فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبى والمجنون وليا اخراج المتاع درئ الحد عنهم وان كان الذى ولى سواهما قطعوا الا الصبى والمجنون لان الحامل هو الاصل كذا فى الايضاح (قوله وان أصابه أقل لا يقطع خلافا لمالك رحمه الله) ولا يرد على هذا وجوب القصاص على جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغالب غالب فاحتيج الى الشرع الزاجر لتقليله ولا كذلك سرقة مالا يصيب كل واحد منهم الا شئ قليل ولان ازهاق الروح غير متجز فيضاف الى كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح للاولياء المستوين فى الدرجة والله أعلم بالصواب

(باب ما يقطع فيه ومالا يقطع)

(قوله ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام) وما يوجد مباحا فى الاصل فى دار الحرب وهو مز يد يورث الشبهة لان الاموال كلها فى دار الحرب على الاباحة وتفاهة الشئ يعرف بالرجوع الى العرف فان

الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله (واذا اشترك جماعة) ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانهم يقتلون كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال وأجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف الى كل واحد منهم كملا والله أعلم

(باب ما يقطع فيه ومالا يقطع)

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر فى هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله واذا اشترك جماعة فى سرقة فى هذا الباب لانه ان أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه ومالا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا قطع فيما يوجد تافها) ظاهر والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه

(باب ما يقطع فيه ومالا يقطع)

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقانى

والسلام

والسلام في الشئ التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا يرى أن الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطير

فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته) أي الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الابواب والاواني من الخشب و (غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي أن يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله (تقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه (ولا تضن به الطباع) اذا أحرز حتى أنه (قلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب الى الجناية بناء على ان الضنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف (ولان الحرز فيها ناقص) فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز وذلك في زمانهم وأما في زماننا فيحرز في دكاكين التجار قال (والطير يطير) يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الاحراز بقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الاصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الاحراز فيمتنع القطع والوجه أن يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع وأما قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة فانما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلا ففيه قصور أيضا قال (ويدخل في السمك المالح والطري) وصوابه السمك المليح أو المملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه وأما قوله (ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير) فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فاراد أن

الانسان قد يترك الاخذ مع القدرة عليه وبعد اظهار الرغبة فيه عن الخساسة وكذا الضنة به تعد من الخساسة وتفاهته من هذا الوجه يخل بخطره وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كنقصان قدر النصاب (قوله بصورته) أي بخلقته الاصلية (قوله والطير يطير والصيد يفر) بيان نقصان الحرز (قوله وهو على تلك الصفة)

لغة وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احترازعن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان أصلها من الخشب وأصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر أنها ليست بتافه جنسا فان كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وقوله (تقل الرغبات فيه) جملة استئنافية وقوله (والطباع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر أيضا وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أي قليل وجود لحوق الملالة بالمالك عند أخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله (والطير يطير والصيد يفر) يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أي شبهة الاباحة بعد احرازه (والحد يندرئ

بها) وفي التعبير بالشركة العامة اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث في الكلا والماء والنار وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدد الذي فيه الملح

قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا وأما الشارح فجعله حالا (قوله لحوق الملالة) أقول الظاهر أن يقال لحوق المشقة (قوله يعني كان الامر كذلك الخ) أقول الاولى أن يقال ولما كان الامر كذلك كان في حرزه نقصان فان قوله الا يرى ان الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز

وعن أبي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ماذكرنا قال (ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين أو الجران قطع

يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب ابن يزيد فقال ما رأيت أحدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف (قوله وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين) وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال أثرها بالاحراز بعد التملك (وهو قول الشافعي والحجة عليهما ماذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم) والخبز أيضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روي عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع أخرجه أبو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به وأخرجه النسائي أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو ابن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال وما أخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن قال يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها فقال من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما أخذ من اجرانه ففيه القطع رواه أحمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن أبي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو وقال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوي الجرين وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بانه أخرجه على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي أنه يكون فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكأنه وقع

احترازا عن الاواني والابواب المتخذة من الخشب فان فيها القطع (قوله والكثر الجمار) وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال هو حطب أو صغار النخل فقد أخطأ ذكره المطرزي والودي الصغار من النخل وقيل غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس (قوله لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا) هذا اذا سرق في أيام الخصب أما المجاعة والقحط قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقا من غير تفصيل بين المهيا للاكل وغيره لانه يرخص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة (قوله واذا آواه الجرين أو الجران) هذا

وقوله (والحجة عليهما ماذكرنا) يعني حديث عائشة وماذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار النخل وقوله (كالمهيا للاكل) يعني مثل الخبز واللحم وأمثالهما لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط أما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أولا وقوله (كاللحم والثمر) اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والثمر راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا (وقال الشافعي رضي الله عنه يقطع فيها) أي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الظارفين ويجوز أن يكون الشك

قلنا

قلنا أخرجه على وفاق العادة والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من التمر وفيه القطع قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد) لعدم الاحراز (ولا قطع فى الاشربة المطربة) لان السارق

فى بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منخره والجمع جرن فجاز ان يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكأنه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين أى المربد حتى يجف أى حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز والافنفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا أن يكون له حارس يترصده والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لاقطع فى ثمر ولا كثر وقوله لاقطع فى الطعام أما الاول فرواه الترمذى عن الليث بن سعد والنسائى وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فأمر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبى صلى الله عليه وسلم لاقطع فى ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان فى صحيحه مرتين فى القسم الاول وفى القسم الثانى قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوى الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا فى الرطب الموضوع فى الجرين وفى مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درأ للحد ولان ما تقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن المسروق بمثلى قيمته وان نقل عن أحمد فعلماء الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعنى بفصل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شئ عليه أو يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودى وهو صغار النخل وجزم فى المغرب انه خطأ وأما الحديث الثانى فأخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال انى لا أقطع فى الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وأنت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه وحينئذ يجب اعتباره فى غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع فى الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا فى الجرين وغيره هذا والقطع فى الحنطة وغيرها اجماعا انما هو فى غير سنة القحط وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أولا لانه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول وعنه عليه الصلاة والسلام لاقطع فى مجاعة مضطر وعن عمر رضى الله عنه لاقطع فى عام سنة (قوله ولا قطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب بخدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدى نفعا ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله أو شدة سرور فيوجب ما هو معهود من الثمالى والمسئلة بلا اختلاف اما عند الائمة الثلاثة فلانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ما ورد به

تردد من الراوى فقد أشكل عليه لفظ النبى عليه السلام فقال هذا أو هذا والجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف كذا فى المغرب وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منخره فجاز أن يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه (قوله على وفاق العادة) يعنى انما ثبت القطع فيما آواه الجرين بناء على عادتهم أنهم كانوا لا يضعون فى الجرين الا اليابس فانصرف اللفظ الى اليابس فلا يكون حجة علينا لانا نقول بوجوب القطع فى اليابس (قوله ولا قطع فى الفاكهة على الشجر وان يبس ولا يقطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة وفى

من الراوى (قلنا أخرجه على وفاق العادة) فان فى عادتهم أن الجرين لا يؤوى الا اليابس من التمر وفيه القطع فى الرواية المشهورة قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن أعاده تمهيدا لقوله والزرع الذى لم يحصد لعدم الاحراز فيها (ولا قطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة قال فى الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور وفسر السكر فى أصول الفقه بانه غلبة سرور فى العقل فالتقيا فى معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشى لا قطع فى الاشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة

يتاول فى تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفى مالية بعضها اختلاف فتحقق شبهة عدم المالية قال (ولا فى الطنبور) لانه من المعازف (ولا فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية) وقال الشافعى يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن أبى يوسف مثله وعنه أيضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن الآخذ يتاول فى أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لامالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب (ولا قطع فى أبواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه

النص من المال المتقوم فلا يلحق به فى موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على أنه يتاول فيها الاراقة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفى سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفى من كتاب المجرد قال أبو حنيفة لاقطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر ابن سماعه برواية على بن الجعد لاقطع فى الرب والجلاب (قوله ولا فى الطنبور) ونحوه من آلات الملاهى بلا خلاف أيضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها عند أبى حنيفة وان ضمنها لغير اللهو الا أنه يتاول آخذه للنهى عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهى آلة اللهو (قوله ولا فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعى) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبى يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفى رواية أخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفى رواية أخرى عن أحمد ان أخذه يتاول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع (وجه الظاهر أن الآخذ يتاول فى أخذه القراءة والنظر فيه) ولان المالية للتبع وهى الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (واحرازه لاجله) والآخذ أيضا يتاول أخذه لاجله لا للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لا يقطع وكمن سرق صبيا وعليه حلى كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال فى المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبى يوسف عليه القطع فى الاحوال كلها لان سرقته تمت فى نصاب كامل ولكنا نقول ان السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوى نصابا وقد تقدم فى مثله أنه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا لا وهنا ردد بين العلم وعدمه فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيح الا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار فى نفس الامر لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وما تقدم هو ما اذا لم يقر بعلمه بما فى الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بان يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع فى أبواب المسجد لعدم الاحراز) وقال الشافعى يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز باحراز مثله وكذا يقطع عندهم فى باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف الى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك فى انه اما ليس محرزا أو فى حرزه شبهة اذ هو باد للغادى والرائح ومعها ينتفى الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك فى مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصب الخلاف وأفاد المصنف فى أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا يقطع فى أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والاصح من

الايضاح ويقطع فى الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد (قوله ولان بعضها ليس بمال) أى بمتقوم كالخمر (قوله وفى مالية بعضها اختلاف) كالمنصف والباذق وفى المغرب المعازف آلات اللهو التى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب واذا أفرد المعزف فهو نوع من الطنابير تتخذه أهل اليمن (قوله وقيمة الآنية تربو على النصاب وكذا اذا كانت مساوية للنصاب) الصليب شئ مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر

وقوله (لان بعضها ليس بمال) أى بمال متقوم كالخمر (وفى مالية بعضها اختلاف) يعنى كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند أبى حنيفة رضى الله عنه متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لانه ذكر فى الايضاح ويقطع فى الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا فى النهاية ونقل الناطفى عن كتاب المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه قال لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة (ولا فى الطنبور لانه من المعازف) والمعازف آلات اللهو التى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب قوله (ولا فى سرقة المصحف) ظاهر

(قوله والمعازف آلات اللهو) أقول بالعين المهملة قال المصنف (ولا يقطع فى سرقة العبد الصغير) أقول فيه بحث لانه يمكن أن يتاول فى أخذه اسكاته كما فى الحر الصغير فتامل فى جوابه

قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد) لانه يتاول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن أبى يوسف انه ان كان الصليب فى المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان فى بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبى الحر وان كان عليه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ولانه يتاول فى أخذه الصبى اسكاته أو حمله الى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم كى لا يكون فى يد نفسه

قول الشافعى لانه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفى القطع فى باب المسجد (قوله ولا فى صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (ولا النرد) لانه يتاول من أخذها الكسر أى اباحة الاخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب الا ضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو بهيئة خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صلب (وعن أبى يوسف ان كان الصليب فى مصلاهم) أى معابدهم (لا يقطع لعدم الحرز) لانه بيت ماذون فى دخوله وان كان فى يد رجل فى حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ماذكرنا من تاويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبى الحر وان كان عليه حلى) يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سياتى والحلى بضم الحاء المهملة جمع حلى بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر (وقال أبو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم) فلو كان يمشى ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه فى يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع فى الخداع وحيث لم يذكر الحاكم فى الكافى الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف يقطع قيل كان ينبغى للمصنف أن يقول وعن أبى يوسف والا أوهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبى يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال ووجه الظاهر أن الصبى اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه والا لاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا باخذ المال فلا يقطع وان كان اثمه وعقابه أشد من سارق المال ففى الحديث القدسى عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذى هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التاويل الذى ذكره من قصد تسكيته أو ابلاغه الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبى يوسف وهو قول الائمة الثلاثة ولابى حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب فى المتبوع القطع لم يجب فى التابع واعتقادى وجوب القطع فى الاناء المعاين ذهبيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه أظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بماليته الى أضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية فى قصد الاخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده وما يوافق ماذكرناه ما فى التجنيس من

الشين على وزن جردحل وفى الذخيرة ولا قطع فى سرقة الشطرنج وان كان من ذهب والنرد يكون كذلك (قوله وان كان الصليب فى المصلى) هو موضع الصلاة أو الدعاء والمراد به هنا موضع صلاة النصارى وهو معبدهم (قوله وما عليه من الحلى تبع له) وقال أيضا فى المبسوط ألا ترى أنه لو سرق ثوبا لا يساوى عشرة دراهم ووجد فى جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبى يوسف رحمه الله أن عليه القطع فى الاحوال كلها لان سرقته قد تمت فى نصاب كامل (قوله والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم كى لا يكون فى يد نفسه) حتى لو كان يمشى ويتكلم لا يقطع اجماعا لان له يدا على نفسه

(والصليب) شئ مثلث كالتمثال يعبده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والنرد) معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب أو فضة وقوله (ان كان الصليب فى المصلى) أى فى موضع صلاة النصارى وهو معبدهم وقوله (وما عليه من الحلى تابع) لا يقال يجوز أن يكون مقصوده من الاخذ هو الحلى فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلى وترك الصبى وقوله (لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوى نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة وقوله (وعلى هذا اذا سرق اناء فضة)

(ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) لانه غصب أو خداع (و يقطع فى سرقة العبد الصغير) لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء فى اعتبار يده وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمى من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا قطع فى الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا فى دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال (ولا فى سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل

علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوى تسعة وعليه أكاف يساوى درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوى عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوى عشرة مصرورا عليه عشرة قال يقطع اذا علم أن عليه مالا بخلاف ما اذا لم يعلم (قوله ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) يعنى العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده و بين غيره فى الطاعة فحينئذ يقطع ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع فى الآدمى الذى يعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو أعجميا وقالوا هو ليس بسرقة بل اما غصب أو خداع (و يقطع فى سرقة العبد الصغير) الذى ليس كذلك بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال استحسن ان لا أقطعه لانه مال من وجه آدمى من وجه فصار كونه آدميا شبهة فى ماليته فيندرئ الحد فالدفع منهما لا بد أن يتسلط على هذه النكتة فسوف استدلالهما كما قيل ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقى الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف (ولهما أنه مال مطلق لانه منتفع به) ان كان يمشى و يعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) ان كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن فى ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة فى ماليته بما قلنا (قوله ولا قطع فى الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا فى دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ) لانه لا يستفيد الآخذ به نفعا (فكان المقصود الكواغد) و يدخل فى عموم ولا يقطع فى الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرهما من العربية والشعر وقد اختلف فى غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت فى ايراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف فى القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها الا أهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن فى كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا فى سرقة كلب ولا فهد) بالاجماع خلافا لاشهب قرين ابن القاسم فانه قال عدم القطع فى المنهى عن اتخاذه أما فى المأذون فى اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل و بحسب الاصل هو

وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعا (قوله ولا قطع فى الدفاتر كلها) أما كتب الفقه والاحاديث والتفسير فهى كالمصحف من وجه وان كانت أشياء مكروهة فهى كالطنبور (قوله الا فى دفاتر الحساب) والمراد دفاتر مضى حسابها لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فتقطع ان بلغت نصابا واختلفوا فى كتب الادب فقيل هى ملحقة بدفاتر الحساب من حيث انه لا يحتاج اليها فى معرفة أحكام الشرع وقيل ملحقة بالفقه والتفسير لان معرفتهما تتوقف عليها

ظاهر (والدفاتر) جمع دفتر وهى الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو الحديث أو الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا فى دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه فى عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعانى القرآن والحاجة وان قلت كفت لايراث الشبهة ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها فى معرفة أحكام الشرع (ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد)

قال المصنف (الا أنه انضم اليه معنى الآدمية) أقول والانضمام غير التبعية فتامل

وهو ظاهر (ولا فى دف ولا طبل) والدف بضم الدال وفتحها الذى يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن فيه الشبهة وقوله (لان عندهما لاقيمة لها) بدليل ان متلفه لا يضمنه (وعند أبى حنيفة) وان كان يجب الضمان على المتلف فهى متقومة لكن (آخذها يتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهى خشبة الرمح (والآبنوس) بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله (ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الاسلام) وانما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة فى دار الحرب وقوله (واذا اتخذ من الخشب أوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففى الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل فى قيمته وبعزه بحيث انهم يدخلونه فى الحرز وأما فى الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه فى غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله (وانما يجب القطع) أى فى الابواب (فى غير المركب) بالجدار أما اذا كانت مركبة فى الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون فى مال محرز لا فيما يحرز به وما فى البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون محرزة قيل هذا فى الباب البرانى وأما فى الباب الثانى فى الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبرانى وقوله (وانما يجب اذا كان خفيفا) ظاهر

غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فاورث شبهة (ولا قطع فى دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندهما لاقيمة لها وعند أبى حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الاسلام قال (ويقطع فى الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانها من أعز الاموال وأنفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب أوانى وأبوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط فى غير الحرز وفى الحصر البغدادية قالوا يجب القطع فى سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع فى غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب

(غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فاورث شبهة) فيها (قوله ولا قطع فى دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو (لان عندهما لاقيمة لها وعند أبى حنيفة يتأول فى اخذها الكسر) وفى دال الدف الضم والفتح واختلف فى طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو (قوله ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس) وهو بفتح الباء فيما سمع (والصندل) والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة فى دار الاسلام وهو المعتبر فاما كونها توجد مباحة فى دار الحرب فليس فيه شبهة فى سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة فى دار الحرب ومع هذا يقطع فيها فى دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع فى العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالى عن محمد فى الآبنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع فى العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفى مالية العاج فلا أقل من الشبهة فى المالية (ويقطع فى الفصوص) النفيسة (والزبرجد لانها من أعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل فى دار الاسلام فصارت كالذهب) (قوله واذا اتخذ من الخشب أوانى وأبوابا قطع فيها لانه) أى الخشب (بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لان الصنعة لم تغلب على الجنس) لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها تافها بين الناس (حتى ان الحصير يبسط فى غير الحرز) وكذا القصب المصنوع بوارى بخلاف الخشب فانه غلبت الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به منه حتى لو غلبت فى الحصر أيضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية فى ديار مصر والاسكندرانية وهى العبدانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفى عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها أخذت اسما آخر اه وهذا ظاهر فى ان غلبة الصنعة التى ينقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع

(قوله ولا يقطع فى دف ولا طبل) هذا اذا كان طبل لهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ فى وجوب القطع فيه واختار الصدر الشهيد رحمه الله أنه لا يجب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن الشبهة كذا فى المحيط (قوله الساج) شجر يعظم جدا قالوا لا ينبت الا فى بلاد الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهى خشبة الرمح والآبنوس بفتح الباء (قوله وانما يجب القطع فى غير المركب) أراد به تركيب الباب على الجدار أى انما يجب القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة فى البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها

(قوله وقوله لان عندهما لاقيمة لها بدليل ان متلفه لا يضمنه) أقول أى يدل عدم تضمين المتلف عندهما على ان مذهبهما ذلك يعنى لاقيمة لهذه الاشياء عندهما فلا يقطع

في سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أو لان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في كتاب المبسوط وقدمر أن عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه أحرزه بايداعه عنده لكنه حرز ماذون للسارق في دخوله (قوله ولا منتهب) لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فانه المختطف للشيء من البيت ويذهب أو من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منهما وتعليل أبي داود مجروح بذلك وقد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث وأجابوا عن حديث عائشة بان القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بانهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امرأة مني حليا على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا لو حمل على انهما واقعتان وانه عليه السلام قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابن ماجه حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن نمير حدثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن أبيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا

(قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة) وهو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعة جهرا

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(ولاقطع على النباش) وهذا عندأبي حنيفةومحمدوقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لاملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود

ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه فيها وقلنا نحن نفديها بار بعين أوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا أسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثارك على في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد أخت عبد الله بن سفيان (قوله ولاقطع على النباش) وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف) وباقي الائمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع وان كفنه أجنبي فهو الخصم لانه له لهم قوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه) وهو حديث منكر وانما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المصنف (لاقطع على المختفي قال وهو النباش بلغة أهل المدينة) أي بعرفهم وأما الآثار فقال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم أعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطاء كنا نتهمه بالكذب وعاثله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه مجهول قال حدثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع وأما ما رواه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن أبي يحيي الاسلمي قال أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم الى عمر فكتب عمر رضي الله عنه أن اقطع أيديهم فاحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال أتى مروان بقوم يختفون أي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اه وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن أشعث عن الزهري قال أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه وحينئذ لاشك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار وأما من جهة المعنى فاهم ما ذكره المصنف بقوله (ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما المالية فظاهر وأما الحرز فلان القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث أبي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله اعلم أو ما خار الله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب أبو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به أبو داود لانه

(قوله محرز بحرز مثله) قال الطحاوي رحمه الله حرز كل شئ يعتبر بحرز مثله حتى أنه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لا يقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع ومسئلة النباش اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش وابن عباس رضي الله عنهما كان يقول

قال (ولاقطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش فقال عمر وعائشة وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس لاقطع عليه وقد اتفق على ذلك من بقي من الصحابة في عهد مروان على ما روى أن نباشا أتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيأ فعزره أسواطا ولم يقطعه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد وبالاول أخذ أبو يوسف والشافعي (لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الباس الثوب للميت لايخرجه عن التقوم وأما أنه محرز فلانه ليس بتضييع الا ترى أن الاب والوصي اذا كفنا الصبي من ماله لا يضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان وأما قوله (بحرز مثله) بحرف الجر فلما بينه الطحاوي حرز كل شئ معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لان الشاة لا تحرز باحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر الاموال وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر لايحتاج الى شرح

ومار واه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وان كان القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال)

سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شئ ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شئ منها من شئ منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل أو من حظيرة لا يقطع ألا ترى ان الوصى اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لو رثته شيأ فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب أولا منع الحرز لانه حفرة فى الصحراء مأذون للعموم فى المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل عن أن يكون فى حرزيته شبهة وبه ينتفى القطع ويبقى ثبوت الشبهة فى كونه مملوكا وفى ثبوت الخلل فى المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء أما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس أهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه فان صح ما قلنا من أنه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة فى مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضا بل نقول تحقق قصور فى نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما يجرى فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت الا نادرا من الناس وأما الثانى فلان شرع الحد للانزجار والحاجة اليه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه فى غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا فى عدم الحد بوطء البهيمة وأما الاستدلال بتسميته بيتا فابعد لان اطلاقه اما مجاز فان البيت ما يحوطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك على أن حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا فى مقام وجوب درئه ما أمكن بل يجب حمله على بعض الماصدقات التى لا حد معها والله سبحانه أعلم وهذا فى القبر الكائن فى الصحراء بلا خلاف عندنا أما لو كان القبر فى بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الخلل فى المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد اللص ذلك للامام أن يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما روه لو صح (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعى وأحمد والنخعى والشعبى وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب

لا قطع عليه واتفق عليه من بقى فى عهد مروان من الصحابة على ما روى أن نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيأ فعزره أسواطا ولم يقطعه وبهذا تبين فساد من يستدل بالآية لايجاب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة مع النص وما اختلفوا على خلاف النص كذا فى المبسوط (قوله ومار واه غير مرفوع) قيل انه من كلام زياد (قوله أو هو محمول على السياسة) ألا ترى أنه قال فى ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللامام رأى فيمن اعتاد ذلك وان كان القبر فى بيت مقفل فهو على الخلاف فى الصحيح سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميت فيه اذ لكل أحد تاويل الدخول لزيارة وكذا اذا سرق من تابوت فى القافلة (قوله لما بينا) أى من اختلال صفة المالية والمملوكية والحرز (قوله لما قلنا) من أن له فيه شركة وهى تورث الشبهة

واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر فى بيت مقفل ثم قال والاصح عندى أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز فى ذلك البيت فان لكل أحد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت فى القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندى أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية فى الكفن من الوجه الذى قررناه وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفى والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقا ولما قلنا

(قوله من أقفل الباب) أقول ولا يقال قفل الا اذا كثرت الابواب لان التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الابواب (قوله بيانه ماقال فى المبسوط الخ) أقول أى بيان قوله فى الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال لما بينا من الادلة من الجانبين لانه

(قول الفتح أما لو كان) لم يذكر لو جوابا بالاقتصار فتأمل اه من هامش نسخة العلامة البحراوى

لانه مال العامة وهو منهم قال (ولا من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة) وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن أبي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد

ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة (ولنا أنه مال العامة وهو منهم) وعن عمر وعلي مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال أرسله فما من أحد الا وله في هذا المال حق (ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة) بان يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقا (قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة) والقياس أن يقطع لانه لا يباح له أخذه قبل الاجل وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال) بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أو غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو أخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم أو دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له أخذها اللهم الا أن يقول أخذتها رهنا بديني فلا يقطع (وعن أبي يوسف لا يقطع لان له أن يأخذه عند بعض العلماء) نقل عن ابن أبي ليلى (قضاء لحقه أو رهنا به (قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك (وان كان دراهم فاخذ دنانير) أو على القلب اختلف فيه (قيل يقطع) لانه لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له أخذها (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها) بان كانت قائمة (ثم عاد

(قوله والحال والمؤجل فيه سواء) أي في عدم القطع والقياس في المؤجل القطع لانه لا حق له في أخذ شئ من ماله قبل حلول الاجل وفي الاستحسان لا قطع لان التاجيل لا يسقط أصل الدين بتمكن من أخذ مثل حقه وأكثر ما فيه أنه استعجل ما كان مؤخرا من حقه ومثل هذا الاخذ لا ينفك عن شبهة فلا يوجب القطع (قوله لان له ان يأخذ عند بعض العلماء) وهو قول ابن أبي ليلى لوجود المجانسة باعتبار المالية ومن العلماء من يقول يأخذه رهنا بحقه (قوله حتى لو ادعى ذلك) بان قال انما أردت أن آخذه رهنا بحقي أو قضاء بحقي درئ الحد بشبهة اختلاف العلماء (قوله قيل يقطع) وهكذا نص القدوري في شرحه لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان ألا ترى أنه لو وكل رجلا ليشتري له شيئا بدنانير فاشترى له بدراهم أو على القلب يصير مخالفا (قوله وقيل لا يقطع) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهو الصحيح لان النقود في حكم جنس واحد ولهذا يكمل أحدهما بالآخر في باب الزكاة وقد قال أبو حنيفة رحمه الله أن للامام أن يتبادل أحد النقدين بالآخر بغير رضا المديون لقضاء حقه وكذا في شراء ما باع بمنزلة جنس واحد حتى لا يصح

اشارة اليه قال (والحال والمؤجل فيه) أي في عدم القطع (سواء) أما اذا كان حالا فظاهر وأما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضا والقياس أن يقطع لانه سرق مالا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان أن الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء وقوله (وكذا اذا سرق زيادة على حقه) ظاهر وقوله (لان له أن يأخذه عند بعض العلماء) يريد به ابن أبي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له أن يأخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة (قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر) القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنا به (درئ الحد عنه) لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر وقوله (وقيل لا يقطع) قيل هو الاصح (لان النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر

لانه علة لكونه على الخلاف ووجه ما ذكره الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعي ولا يوافقانهما قال المصنف (ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير) أقول كان الانسب ذكر هذه المسئلة مقدما على قوله وان سرق منه عروضا الا أنه لم يستحسن

وقوله (ولان الثانية متكاملة كالاولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعدرده على المسروق منه فى حق السارق كعين أخرى فى حكم الضمان حتى لوغصبها أو أتلفها كان ضامنا فكذلك فى (١٤٠) حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لاشبهة فيه وبهذه

فسرقها وهى بحالها يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على مايعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ماذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه

فسرقها وهى بحالها يقطع والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى) ومالك وأحمد (لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه) فيما روى الدارقطنى من حديث أبى هريرة بطريق فيه الواقدى عنه عليه الصلاة والسلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث (ولان السرقة الثانية مثل الاولى) فى سببية القطع (بل أفحش) لان العود بعد الزاجر أقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فثبت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فانه يقطع اتفاقا (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل فى حق السارق (وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذى تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف مالو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أنه عين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع فى صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ماقلنا وأيضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم أن ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هى قليلة بالفرض فلم تقع فى محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتى اليه الزنا الذى

(قوله من غير فصل) أى بين أن يسرق الشئ المسروق أولا أو غيره (قوله ولان الثانية متكاملة كالاولى) لانه سرق من حرز لاشبهة فيه كما فى المرة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع فى المرة الاولى فكذا فى المرة الثانية بل الجناية فى المرة الثانية أقبح عرفا فكان أولى بشرع القطع وهذا لانه بعد رد المتاع يصير هذا العين فى حق السارق كعين آخر فى حكم الضمان حتى لو غصبه وأتلفه كان ضامنا فكذا فى حكم القطع (قوله ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) يعنى أن صفة المالية والتقوم لم تبق فى هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فبعد ذلك ان ظهرت المالية والتقوم فى حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندرئ بها وهو نظير ما لو جد مباح الاصل فى دار الاسلام اذا أحرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل (قوله على ما يعرف) اشارة الى قوله بعد أوراق لاغرم على السارق بعد ماقطعت يمينه (قوله نظرا الى اتحاد الملك) بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كما لو كان غزلا فنسجه أو لم يسرق عينا آخر من المسروق منه (قوله وقيام الموجب) أى سقوط العصمة على المحل لان سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع (قوله بخلاف ماذكر) أى فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قيل لا

الاوصاف لزمه القطع فى المرة الاولى فكذلك فى المرة الثانية وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على مايعرف من بعد) اشارة الى قوله بعد أوراق وانا قوله عليه الصلاة والسلام لاغرم على السارق بعد ماقطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك أجاب بقوله (وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك فى ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما فى صورة الغزل وهو قوله فيما يجىء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا الخ (وقوله وقيام الموجب) أى موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله (بخلاف ماذكره) يعنى أبا يوسف من صورة البيع (لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وأصله حديث بريرة وهو معروف

أن يقتل بين كلامى الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه قال المصنف (والقياس أن يقطع) أقول فيه اشارة الى أن العمدة فى الاستدلال هو القياس ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول هذا الاثبات المعصومية فى المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه ولان

ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود فى قذف المقذوف الاول قال (فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فى كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله أعلم بالصواب

(فصل فى الحرز والاخذ منه)

نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا أما لو قذفه بزنا آخر حد به وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التى زنى بها أولا بعد أن جلد حد از زناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا العدم شرعيته ثانيا وقوعه فى غير محل الحاجة اليه لو شرع وأجيب بالفرق بان حرمة المحل فى الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور فى الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعنى كون اقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر فى العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر فى محل بعد استيفاء موجب ماهى فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذى قطع به (غزلا ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانيا (قطع) وكذا لو كان قطنا فصار غزلا (لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب (واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع) وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل أى وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهى شبهة قيام سقوط العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجب اشتباها آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة أجيب بان المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر وفى شرح الطحاوى واذا سرق ذهبا أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبى حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفى كفاية البيهقى سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر فى حكم عين أخرى

(فصل فى الحرز والاخذ منه) قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام فى

يلزم القطع أيضا ولئن سلم فالملك هنالك يتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا أيضا وهذا لان اختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان ألا ترى أن المشترى اذا باع غيره ثم اشتراه ثم اطلع على عيب قديم لم يرده على البائع الاول بخلاف ما اذا زنى بامرأة فحد ثم زنى ثانيا حيث لزمه الحد لانه لا يجب باعتبار المستوفى وأنه متلاش والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاولى مع أن هنالك حرمة المحل لا تسقط فى حقه باستيفاء الحد منه فى المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذى هو حق المالك فى العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق (قوله وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول) ذكر الامام المرغينى رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا أما لو نسبه الى غير ذلك الزنا فانه يحد أيضا (قوله ولهذا يملكه الغاصب به) أى بالنسج (قوله وهذا هو علامة التبدل) أى ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليل تبدل العين والا لما انقطع حق المالك عن المغصوب فان قيل العين الاول قائم حقيقة وانما تبدل اسمه وصورته قلنا المتمكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل فى الحرز والاخذ منه)* الحرز الموضع الحصين الذى أعد لحفظ الامتعة

وقوله (أولان تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا أن القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها (وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول) بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا فى كون الحد فى كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد حتى ان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على أصل الخصم وخصومة المقذوف فى الحد فى المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى أجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد فى محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد فى الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاول لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق فى المتنازع فيه هو بعينه المسروق فى المرة الاولى وقوله (فان تغيرت عن حالها) ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد *(فصل فى الحرز والاخذ منه)*

(قوله والمستوفى فى المرة الثانية) أقول يعنى منافع البضع (قوله لان الاول تلاشى الخ) أقول لكونه عرضا (قوله والقطع بالجر الخ) أقول ولعل الخصم يقول القطع فى الاول باعتبار السرقة والاولى تلاشت والثانية غيرها فليتأمل *(فصل فى الحرز)*

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذى رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد البسوطة فى المال وفى الدخول فى الحرز والثانى للمعنى الثانى ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة وفى الثانى خلاف الشافعى رحمه الله لانه ألحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه فى العتاق

ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعى أن من جمع المال فى الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز أصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ماذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت أن لا قطع فى أقل من ثمن المجن ولا قطع فى حريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور الاجماعية وما باخبار الآحاد وسيأتى ماهو أبلغ من ذلك ثم الحرز ما عد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو فى اللغة الموضع الذى يحرز فيه الشئ وكذا هو فى الشرع الا أنه بقيد المالية أى المكان الذى يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا (قوله ومن سرق من أبويه) وان عليا (أو ولده) وان سفل (أو ذى رحم محرم منه) كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له فى مالهما ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله فى الكافى أما فى الولاد فلا اختلاف فيه وقال أبو ثور وابن المنذر يقطع الاب أيضا فى سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعى يقطع فى السرقة من غير الولاد أما وجه الاول أى عدم القطع فى قرابة الولاد فلانها عادة تكون معها البسوطة فى المال والاذن فى الدخول فى الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا ويخص سرقة الاب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك وأما غير الولاد وهو الذى أراد المصنف بقوله (والثانى المعنى الثانى) أى الاذن فى الدخول فى الحرز فالحقهم الشافعى رحمه الله بالقرابة البعيدة قال المصنف (وقد بيناه فى العتاق) أى فى مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن ألحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم فى اثبات الحرمة وافتراض الوصل فلذا ألحقناهم بهم فى عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال وماذاك الا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهى مزاولة الاعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر وأيضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه ذكره فى الكافى وسيأتى ما فيه ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت

(قوله والثانى) وهو قرابة المحرمية للمعنى الثانى وهو الدخول فى الحرز (قوله الى مواضع الزينة الظاهرة) ذكر فى المبسوط ولهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهى قرابة ذى الرحم المحرم ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجىء فى الكراهية ان شاء الله تعالى ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة هنا ما يظهر فى العادة عند ترك التكلف فى الستر لا أن يراد بها الوجه والكف فقط لان النظر الى الوجه والكف مباح للاجنبى أيضا اذا لم يكن عن شهوة ويدل عليه قوله تعالى ليس على الاعمى حرج الى قوله أو بيوت خالاتكم فظاهره يقتضى الاباحة وهو وان ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ولا يلزم قوله تعالى فى آخر الآية أو صديقكم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقا له فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة وأما الاخوة وما يضاهيها فيبقى مع السرقة كالابوة (قوله وفى الثانى خلاف الشافعى رحمه الله) أى فى ذى الرحم المحرم

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع فى بيان الحرز الذى يحصل به الوصف ثم العلة فى سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران البسوطة فى المال وفى حق الدخول فى الحرز وعن ذى الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة فى الدخول فى الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ما سيجىء فى كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى وقوله (وفى الثانى) يعنى وفى ذى الرحم المحرم (خلاف الشافعى فانه يقول فى غير الوالدين والمولودين يجب القطع) لانه ألحقها بالقرابة البعيدة (وقد بيناه فى العتاق) ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع لعدم الحرز

(قوله وفرغ عن ذكر الموصوف الى قوله الوصف) أقول المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف (فالاول وهو الولاد) أقول أى فمنع الاول القطع حذف المضاف اليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول أى عن ذى قرابة الولاد قال المصنف (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول لعل المراد بالزينة الظاهرة ههنا ما يظهر عند ترك التكلف والا فنى الكلام بحث

(ولوسرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ولوسرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لبسوطة بينهما في

اخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ماملكتم مفاتحه أو صديقكم ورفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام أو العمات مطلقا يؤنس اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم هو ان ترك القيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ماقلنا في أنت ومالك لابيك فان قلت فقد قال أو صديقكم كما قال أو بيوت أخوالكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه أجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة (ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكر على الوجه الذي قدمناه من أن في القطع القطيعة فيندرئ وهو الموعود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه (قوله وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا) بان زنى بامرأة تحرم عليه أمها و بنتها و يقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة) فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها في اثبات القطع أولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فانه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استئذان الخ فقال لانسلم ذلك الاول لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب (قوله واذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة) فاختل الحرز (وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي) في أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان للمرأة حقا في ماله أي النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال كانت بالمال أسمح ولان بينهما سببا

(قوله اعتبارا للحرز وعدمه) على طريق اللف والنشر من غير ترتيب (قوله بخلاف الاخت من الرضاعة) لانه لا شبهة في المال والحرز أما الاشبهة في المال فلانه لا ينتفع كل واحد بمال الآخر من غير اذن ألا ترى أنه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة وأما الحرز فلانه لا يجوز الدخول من غير استئذان (قوله كما اذا ثبت بالزنا) يعني اذا سرق من بيت بنت المزنية يقطع مع وجود المحرمية بزنا أمها (قوله وأقرب من ذلك) يعني الاقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة أي من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت رضاعا فان الام والاخت من الرضاع يتشابهان و يتشاكلان فان محرميتهما ثبتت بالرضاع ولو كانت الامومة من الرضاع أنفس فالمال اولى كذا قالوا لكنه خاص بما اذا كان المسروق منه الزوجة

(ولو سرق ماله) أي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز وقوله (وان سرق من أمه من الرضاع) ظاهر وقوله (والمحرمية بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا تجعل حرمة قوية عادة (كما اذا ثبتت) يعني المحرمية (بالزنا) فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله (وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الاخت من الرضاعة) يعني ان الام من الرضاع أشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع أقرب من الحاقه بالزنا وقوله (وهذا) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر ظاهر

قال المصنف (والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول فيه تأمل (قوله الاخت من الرضاعة) أقول أي محرمية الاخت قال المصنف (خلافا للشافعي الخ) أقول وذلك أنها بذلت نفسها وهي

الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف فى الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له فى أكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن على رضى الله تعالى عنه درأ وتعليلا قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه

يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفى موطا مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شئ خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى قال المصنف (هو نظير الاختلاف فى الشهادة) يعنى عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل فى أحد قوليه فان قلت أحد الزوجين ربما لا يبسط للآخر فى ماله بل يحبسه عنه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفى شرح الطحاوى لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل فى منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قضى عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة فى العدة فلا قطع وكذا اذا سرقت هى من الزوج فى العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بلا خلاف (لان للمولى حقا فى أكسابه) ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى أو عتق كان له فلا يقطع فى سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبد له أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم أثر عمر وهو فى السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شئ خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم فى المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن على درأ وتعليلا) رواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا الثورى عن سماك بن حرب عن أبى عبيدة بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال أتى على برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطنى قيل وفى الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة ابن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقى الغنيمة واسناده ضعيف (قوله قال) أى المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لان الاستسرار لا يتحقق دونه) لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت

مؤثرة كانت الاخيتة مؤثرة أيضا كما فى النسب فالحاق الرضاع بالرضاع أولى من الحاق الرضاع بالزنا (قوله ودلالة) وهو أن عقد النكاح بينهما دال على البسوطة لانهما بعقد النكاح يصيران كمصراعى الباب وهذا يدل على البسوطة فى المال أو لان البسوطة بينهما فى الاموال لما أثرت فى منع قبول شهادة أحدهما للآخر فلان يمنع القطع أولى لان القطع من الحدود وهى تندرئ بالشبهات وهذا يعم الطرفين (قوله درأ وتعليلا) روى عن

وقوله (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهى أنفس من الاموال فلان تبذل المال أولى (وهو نظير الخلاف فى الشهادة) فان شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا وعنده تقبل فى أحد قوليه بل هذا أولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات أولى (قوله وهو ماثور عن على رضى الله عنه درأ وتعليلا) يريد به ما روى

قال المصنف (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع الى قوله وكذا السارق من المغنم الخ) أقول فيه بحث لان عدم القطع فى تينك المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما فى هذا الفصل بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال والظاهر أن ذكرها استطرادى قال المصنف (لان له فيه نصيبا) أقول هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة فى مختصر القدورى وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر

عن علي رضي الله عنه انه أتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الاموال وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال و يختلف ذلك باختلاف الاموال (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق أوفي المسجد وعنده متاعه فانه محرز به) وكل واحد منهما ينفك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت ولم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في العيون انه عند أبي حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال و يكون المال مختفيا به وأما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا أخذ

ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أوفي المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء

غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا مبين بمخصص (ثم هو على نوعين حرز) بالمكان (كالدور والبيوت) والجدران والحوانيت للتجار والبيت هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك (كمن جلس في الطريق) أوفي الصحراء (أوفي المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع بحيث اتساعا أوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أسرقت رداء هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي قال فلولا كان قبل أن تأتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما (قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح) احتراز عما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن أي في وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب ووجه الصحيح (انه محرز بدون الحافظ) لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه و يكون المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح أنه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها وعنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا أنه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر

على رضي الله عنه أنه أتي برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا (قوله وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) وهو الصحيح وذكر في العيون على قول أبي حنيفة رحمه الله يقطع اذا كان ثمة حافظ وصورته رجل سرق من حمام فان كان صاحبها جالسا عليه فسل من تحته قطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقطع قال الصدر الشهيد رحمه الله والفقيه أبو الليث رحمه الله اختار قول محمد رحمه الله في الحمام ونحن نختار قوله أيضا اتباعا له (قوله وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح) لعله أراد أنه اذا دخل البيت ليلا وليس له باب أو كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر الحافظ لما ذكر في المحيط منقولا من الحاوي ولو كان

قال المصنف (لانه محرز بدونه وهو البيت) أقول قال الزيلعي لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه يمتنع من الشفقة عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر مع وجود الاصل انتهى لا يقال اذا كان في الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب أن لا يقطع السارق منه اذ الحدود تندرئ بالشبهات لانا تركنا القياس لحديث صفوان

لقصد الاحراز الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف الحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره فى الفتاوى قال (ومن سرق شيأ من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس فى دخوله) لوجود الاذن عادة أو حقيقة فى الدخول فاختل الحرز

النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز (الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج) من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه (بخلاف الحرز بالحافظ فانه يقطع كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) فيجب موجبها (ولا فرق) فى وجوب القطع (بين كون الحافظ) فى الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظا أو نائما والمتاع تحته) أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه (لانه يعد النائم عند متاعه) وبحضرته كيفما نام مضطجعا أو لا (حافظا له فى العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه ووجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) اذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنا (بخلاف ما اختاره فى الفتاوى) فانه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخى حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفى الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذى يحفظها الراعى ففى البقالى لا يقطع وهكذا فى المنتقى عن أبى حنيفة وأطلق خواهرزاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعى لم يقصد حفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابى عن بعض أصحابنا أن كل شئ يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعى (قوله ومن سرق شيأ من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن الا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس فى دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضى أن لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما قدمه من الاصل

باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع (قوله والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح) وقيل انما يكون محرزا به فى حال نومه واذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به فى حال نومه والصحيح أنه يقطع بكل حال لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل بهذه لان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فانه قال يضمنان فى هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها وفى فتاوى أبى الليث رحمه الله سئل أبو القاسم عمن حمل ثياب الوديعة على دابته فنزل فى بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال ان أراد به الترفق ضمن وان أراد به الحفظ لا يضمن وذكر فى المحيط انما لا يجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان نام قاعدا أما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان فى الحضر أما اذا كان فى السفر فلا ضمان عليه فى الحالين وقوله بخلاف ما ذكر فى الفتاوى يحتمل الكل (قوله لوجود الاذن عادة) أى فى الحمام أو حقيقة فى البيت الذى أذن فى دخوله

المال (لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) وهذا أيضا مما يدلك على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح) (لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه فى حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا فى حال نومه أخذوا ذلك من قوله فى الاصل المسافر ينزل فى الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى أنه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله فى الفتاوى) يعنى قال فيها انهما يضمنان فى هذه الصورة ولكن ذكر فى الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا وأما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان فى الحضر وأما اذا كان فى السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا كذا فى النهاية وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعنى فى الوقت الذى أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس فى دخوله لوجود الاذن عادة) يعنى فى الحمام (أو حقيقة) يعنى فى البيت ويدخل

قال المصنف (ومن سرق شيأ من حرز) أقول تفريع وبيان لما قاله أولا بقوله الحرز على نوعين الخ

ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه) (لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) (ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من المقصورة الى صحن الدار قطع)

المذكور (قوله ويدخل في ذلك) أي يدخل في بيت أذن في دخوله (الخانات والحوانيت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيأ لا يقطع وكذا الخانات (الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال) وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان) لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه) بالاذن صار (بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا أخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي ما يفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ) وهتك الحرز (فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع) هذا كلام محمد وأول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير يعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق في يده قبل

(قوله وانما الاذن يختص بالنهار) الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع في النهار أيضا وعن أبي حنيفة رحمه الله أن من سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده وعنهما أنه لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ وقد اختل الحرز بالمكان بالاذن في الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لاحراز الامتعة والاموال فكان محرزا بالحافظ كالصحراء (قوله ومن سرق سرقة) أي مالا فلم يخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة غصب فهلك في يده قال بعض مشايخنا لا يضمن والصحيح أنه يضمن لان الدار كلها حرز واحد حتى اذا أذن له في دخول الدار فسرق من البيت لا يقطع وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغني أهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أي حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان ويستغني أهل المنازل من لانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان الاخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة ألا ترى أن على باب كل مقصورة غلقا على حدة

الذي أذن للناس بالدخول فيه وقوله (ويدخل في ذلك) أي في قوله أو من بيت أذن للناس في دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر وقوله (ومن سرق سرقة) أي مالا وسمي الشئ المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا وقوله (وان كانت فيها) أي في الدار (مقاصير) يعني حجرات وبيوت

وقوله (وان أغار انسان) أى دخل بسرعة قال فى النهاية نقلا عن المغرب ان أغار لفظ شمس الائمة الحلوانى والصغرى وأما لفظ محمد فهو وان أعان انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى ولفظ شمس الائمة السرخسى كذلك وكأنه أصح لان الاغارة فى باب السرقة غير لائقة لان السرقة أخذ مال فى خفاء وحيلة فلذلك سمى السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة أخذ فى المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن أعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله (واذا نقب اللص البيت) ظاهر وقوله (وهى بناء على مسئلة تاتى بعد هذا) اشارة الى مسئلة نقب البيت (قوله وان ألقاه فى الطريق) واضح وحاصله أن يده تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمى الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثانى وجب القطع (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فان هنالك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لانه خرج من الحرز ولا مال فى يده وقوله (فاعتبر الكل) أى الالقاء فى الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا كما اذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا

لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبى يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهى بناء على مسئلة تاتى بعد هذا ان شاء الله تعالى وقوله (وان القاه فى الطريق وخرج فاخذه قطع) وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمى حيلة يعتادها

الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل مقصورة على غرة فاخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب فى العدو اذا أسرع وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (قوله واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده (ثم روى عن أبى يوسف ان أخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع) وعلل الاطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لاعتراض يد معتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أى قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبى يوسف لانه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كامعه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا أدخل الخارج يده فاخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبى يوسف وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق فى هذه الصورة الا اذا اتفق أن خارجا رأى نقبا فادخل يده فوقعت على شئ مما جمعه الداخل فاخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تاتى يعنى مسئلة نقب البيت والقاه فى الطريق ثم خرج وأخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل

ومال كل محرز بمقصورته (قوله وان أغار انسان) فى المغرب وفى رواية محمد رحمه الله وان أعان انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى فكأنه أصح وان كان الاول أكثر وفى مختصر الكرخى رحمه الله وكذلك ان أغار بعض أهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى صحن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجر دار واسعة محصنة بالحيطان والمراد بالاغارة الاسراع فى الاخذ من أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع فى العدو ومنه كما نغير ثم قيل للخيل المغيرة غارة ومنه وشنوا الغارة اى وفرقوا الخيل وأغار على العدو أخرجه من حياته بهجومه عليه (قوله وهى بناء على مسئلة تاتى بعد هذا) وهى من نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيأ يقطع عند أبى يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما فى الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى بالمتاع فى النهر ثم خرج وأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج وان خرج بتحريكه الماء قطع لانه أخرج كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله ولكن ذكر

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين) أقول يعنى الدخول بالليل جهرا والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهى بناء على مسئلة) أقول يظهر بناؤها عليها بادنى التامل لكن لا بد فى قطع الداخل اذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله اذا دخل الحرز جماعة

السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال (وكذلك ان حمله على حمار فساقه وأخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا أن الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما فى السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع

المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى المال فى النهر ثم خرج فأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخراج ذكره التمرتاشي وقال فى المبسوط فيما اذا أخرجه الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع وهو قول الائمة الثلاثة لان جرى الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فأخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (فى الطريق ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر (له أن الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه) بان تركه أو أخذه غيره (وكذا الاخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمى حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار) ان أدرك (ولم يعترض على المال الذى أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لا سارق) واذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل أن يد السارق تثبت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال فى الطريق فأخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه فى ذلك المكان فى يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية (وكذا اذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه) فيقطع وفى مبسوط أبى اليسر وكذا اذا علقه فى عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع (قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر) والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ ان نسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم (لان الاخراج وان قام به وحده لكنه فى المعنى من الكل لتعاونهم كما فى السرقة الكبرى) واذا باشر بعضهم القتل والاخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وأن قدرة القاتل والآخذ انما هى بهم فكذا هذا (فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع)

فى المبسوط فى اخراج الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع لان جرى الماء به كان بسبب القائه فى النهر فيصير الاخراج مضافا اليه فى هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز أن يجعل مسقطا للحد عنه (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فان هناك اعترض عليه يد معتبرة فاوجب سقوط اليد الحكمية للسارق ولم تسقط يده الحكمية هنا (قوله واذا دخل الحرز جماعة) وانما وضع المسئلة فى دخولهم لانهم اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم كذا فى النهاية (قوله فتولى بعضهم الاخذ) وهو ممن يجب عليه القطع عند

وقوله (فاذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله (وكذا ان حمله على حمار) ظاهر قال (واذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح وانما وضع المسئلة فى دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد فى مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا وأما اذا كان الآخذ الحامل صبيا أو مجنونا فلا يقطع وحد منهم لان غير الحامل فى هذا الفعل تبع للآخذ الحامل فاذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذى تولى الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبى أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبى حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة فى فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال أبو يوسف يجب القطع الا على الصبى والمجنون

فلو امتنع القطع لادى الى سد باب الحد قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيأ لم يقطع) وعن أبى يوسف فى الاملاء انه يقطع لانه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا أدخل يده فى صندوق الصيرفى فاخرج الغطريفى ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال فى الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول و بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال (وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان أدخل يده فى الكم يقطع) لان فى الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفى الثانى الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ فى الوجهين ينعكس الجواب

فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى الى سد باب الحد) ان منع لم يضر وانما وضعه فى دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا فى فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم الى ان تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فاخذ شيأ لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا (وروى عن أبى يوسف فى الاملاء انه يقطع) وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطا فى القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (وصار كما اذا أدخل يده فى صندوق الصيرفى فاخرج الغطريفى) أو فى الجوالق والغطريفى درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه من أعز النقود ببخارى قال المصنف (ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا فى حيز المنع منهم فاثبته بقوله (تحرزا عن شبهة العدم) أى شبهة عدم السرقة وهى مسقطة فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفى كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شئ ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه و بين الصندوق ان الدخول فى الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره بخلاف البيت (و بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فانه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أى شق (صرة) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (لم يقطع وان أدخل يده فى الكم قطع لان فى الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفى الثانى الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ فى الوجهين ينعكس الجواب) فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم

الانفراد بان كان عاقلا بالغا وأما اذا كان الآخذ صبيا أو مجنونا لا يقطع واحد منهم وان كان الآخذ عاقلا بالغا وفيهم صبى أو مجنون فلا قطع على واحد منهم عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجب القطع الا على الصبى والمجنون والغطريفى هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارا (قوله وان طر صرة) الطرار الذى يطر الهميان أى يشقها و يقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أى شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفى قوله وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على أن المذكور فى أصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بجرى على عمومه بل هو محمول على ما اذا أدخل يده فى الكم فطرها وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال (قوله فلا يتحقق هتك الحرز) وهو ادخال اليد فى الكم واخراج الدراهم منه (قوله و ينعكس الجواب) يعنى فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب

قوله (ومن نقب البيت) واضح والغطريفى هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى كذا فى المغرب ويؤيده وجه ظاهر الرواية ما روى عن على أنه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما اذا أدخل يده فى صندوق الصيرفى فان قيل لو كان الكمال فى هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم أجاب بان ذلك هو المعتاد (وان طر صرة) الطرار هو الذى يطر الهميان أى يشقها و يقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أى شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفى هذا التفصيل المذكور فى الكتاب دليل على أن المذكور فى أصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهى ما اذا أدخل يده فى الكم فطرها (قوله فلا يوجد هتك الحرز) يعنى ادخال اليد فى الكم واخراج الدراهم منه وقوله (فى الوجهين) أى من الخارج والداخل وقوله (ينعكس الجواب) يعنى فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذى كان

خارج الكم وقعت الدراهم فى الكم فاحتاج فى أخذ الدراهم الى ادخال اليد فى الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط فى داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط فى داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز فى أخذ المال لانه وان أدخل اليد فى الكم الا أنه أدخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم

لانعكاس العلة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فاشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود افتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحمل وأخذ منه قطع)

وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه حينئذ يأخذها من خارج الكم فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة وعن أبى يوسف انه) أى الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الائمة الثلاثة لان فى صورة أخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلان يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى (قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم) أو الجيب لا قيام نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما فى حال المشى أو فى غيره فمقصوده فى الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثانى فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب ألا ترى أن من شق جوالقا على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه أو فى فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعى معها لان الراعى لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعى بخلاف ما لو كانت فى حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع لانها بنيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعى بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة وكذا اذا أخذ الجولق بما فيه من الجمال المقطرة يقطع وبما ذكر من التفصيل فى الطر ظهر أن ما يطلق فى الاصول من ان الطرار يقطع انما يأتى على قول أبى يوسف

القطع لانه لما حل الرباط الذى كان خارج الكم وقعت الدراهم فى الكم فاحتاج فى أخذ الدراهم الى ادخال اليد فى الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط فى داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط فى داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ أخذ الدراهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز فى أخذ المال لانه وان أدخل اليد فى الكم انما أدخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئا وهناك لا يجب القطع فكذلك ههنا (قوله لانعكاس العلة) فان الرباط اذا كان خارج الكم ففى صورة الطر لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم وفى صورة حل الرباط يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وأما اذا كان الرباط داخل الكم ففى صورة الطر يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وفى صورة حل الرباط لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم على ما ذكرنا (قوله وانما قصده قطع المسافة) أى فى حالة المشى أو الاستراحة أى فى غير حالة المشى فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم لا بصاحبه فاذا قطع الكم وأخذ المال من خارج الكم لا تقطع لان هذا سرقة الحرز والقطع انما يجب بسرقة المحرز من الحرز فاشبه الجوالق حيث يجب القطع بشقه وأخذ المال منه ولا يجب منه بسرقة الجوالق اذا لم يكن له حافظ

وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله (لانه يعتمده) أى لان صاحب الكم يعتمد الكم فى حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أمرين قطع للسافة أو الاستراحة وذلك لانه اما أن يكون فى حالة المشى أو فى غير حالته ففى الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفى الثانى قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب ألا ترى أن من شق الجوالق الذى على ابل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور

قال المصنف (لان فى الوجه الاول الى قوله هتك الحرز) أقول فيه بحث يندفع بادنى تامل فانه لا يدخل يده فى الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك اذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال قال المصنف (لانه محرز اما بالكم) أقول قال الكاكى أى فى صورة طرها خارج الكم (أو بصاحبه) أى فى صورة طرها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى بل الظاهر عكس ذلك وأيضا حينئذ لا يلائم قوله لنا الحرز هو الكم اذ أبو يوسف لا ينكره

لان الجوالق فى مثل هـذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه ان كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهـذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر فى بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية القطع واثباته) قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل

(قوله وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والراكب والقائد انما يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل وأخذ منه قطع لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع) وعنـد الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخـذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده وفرض أن قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافى أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع فى حريسة الجبل يحمل على ترك الراعى اياها فى المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض (قوله وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعنى عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة (وذكر فى بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط فى قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته

(فصل فى كيفية القطع واثباته) ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه (فالقطع لما تلوناه من قبل) وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما

القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا وقطره مثل قطره وأقطره لغة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرانا (قوله لان الجوالق فى مثـل هـذا حرز) يعنى فيما اذا كان السارق خوف هجوم صاحبه وذكر فخر الاسلام رحمه الله فى جامعه انما يعتبر الجوالق احرازا اذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولا يكون محرزا لان المحرز اما بالحافظ أو بالمكان والجوالق ليس بمحرز بالمكان ولا بالحافظ قصدا فلا يجب القطع بسرقته والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع فى حريسة الجبل وهى شاة تحرس فى الجبل للرعى لا يجب القطع وان كان الراعى حاضرا لان الراعى يقصـد الرعى لا الحفظ فكان الحفظ تبعا والتبع له شـبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان فى الحفظ فلا يجب القطع (قوله أو حيث يكون حافظا له) وهـذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار هو اشارة الى قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح والله أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية القطع واثباته) (قوله الزند مفصل طرف الذراع) فى الكف وقال الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليـد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع أصابعه لزوال تمكنه من البطش بها قلنا هـذا مخالف للنص فالنبى عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفى العقوبات انما يؤخذ

فى الكتاب وقوله (وان سرق من القطار بعيرا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا أرسالا وقوله (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله أعلم

(فصـل فى كيفية القطع واثباته) لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل فى بيانه الزند مفصل طرف الذراع من الكف والحسم من حسم العرق كويه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (فالقطع لما تلوناه) يعنى قوله تعالى والسارق والسارقـة فاقطعوا أيديهـما الآية

(فصل) فى كيفية القطع

والـيمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف

والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهي قراءة مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح أنه لا اجمال في قوله فاقطعوا أيديهما وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين أنفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما أمكن وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالى فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل وضعف بالعرزمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا أعرف له حالا وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال وأخرج عن عمر وعلي انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا أشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر من اطلاق اليد فكان أولى باعتباره ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فيتعين ما الى الرسغ درأ للزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة انه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم أتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود في المراسيل وكذا رواه أبو القاسم ابن سلام في غريب الحديث وأخرج الدارقطني عن حجية عن علي انه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأني أنظر اليهم والى أيديهم كأنها أيور الحمر والحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو أن يغمس في الدهن الذي أغلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم لانه أمر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول المصنف (لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف) يقتضي وجوبه

بالمتيقن به (قوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) فاقطعوا أيمانهما وقراءته لا تكون دون روايته وروايته اذا صارت مشهورة تزاد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كأنه قال فاقطعوا أيمانهما من الايدي فلا يتناول الرجل ولا اليد اليسرى وكان يقرأ سماعا فصار كالخبر المشهور فيقيد اطلاق الكتاب به لورودهما في الحكم الواحد والدليل عليه أنه في المرة الثانية تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والايدي وان كانت لفظ الجمع فالاصل أن ما توحد من خلق الانسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما ولان الجمع المضاف الى جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم دوابهم فيصير معنى الآية وانه

(واليمين بقراءة ابن مسعود) فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول (ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به) من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل وقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس أن المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف النص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للعارحة من رؤس الاصابع الى الآباط لان فيه تكثيرا للمقطوع وقوله (كيف وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله (ولانه لو لم يحسم)

قال المصنف (لان الاسم يتناول اليد الى الابط) أقول ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن قال العلامة الكاكي اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع ولكن زال هذا الابهام ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل اصحابه رضوان الله تعالى عليهم واجماعهم اهـ (قوله لان الاسم) أي اسم اليد وقوله يتناول اليد أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من الزند والحسم)

(فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى الى شرع الحد

والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده فى عنقه لانه عليه الصلاة والسلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام فى كل من قطعه ليكون سنة (قوله وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى) بالاجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك وقال أبو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشى عليه قال (فان سرق ثالثا لا يقطع) بل يعزر (ويخلد فى السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعى فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه) وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال جىء بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه قالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الثانية فقال اقتلوه قالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الثالثة فقال اقتلوه قالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائى حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوى وأخرج النسائى عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص فقال اقتلوه قالوا يارسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد أبى بكر حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبرانى والحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) أخرج الدارقطنى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفى سنده الواقدى وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ولذا طعن الطحاوى كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا وفى المبسوط الحديث غير صحيح والا احتج به بعضهم فى مشاورة على ولئن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان فى الابتداء تغليظ فى الحدود ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع أيدى العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم ثم انتسخ ذلك وأما فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فروى مالك فى الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه ان رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبى بكر الصديق فشكا اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلى من الليل فيقول أبو بكر رضى الله عنه وأبيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امرأة أبى بكر الصديق رضى الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلى عند صائغ زعم أن الاقطع جاءه به فاعترف الاقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر لدعاؤه على نفسه أشد عليه

ظاهر وقوله (وخلد فى السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه أول سرقة ورجله اليسرى فى ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعى بعد الرابعة يحبس وعند أصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) هو فى حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفى الثانية الرجل اليسرى وفى الثالثة اليد اليسرى وفى الرابعة الرجل اليمنى (قوله ولان الثالثة) ظاهر

أقول فيه شئ لان ظاهر أسلوبه يوهم ان يكون قوله والحسم معطوفا على قوله يقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند

أعلم فاقطعوا يدا من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبت بالاجماع (قوله وخلد فى السجن حتى يتوب) والمدة التى تظهر فيها التوبة مفوض الى رأى الامام وقال بعضهم يحبس سنة وقال بعضهم حتى يموت وقيل علامة توبته أن يظهر سيماء الصالحين فى وجهه (قوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه) روى أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمنى

ولنا

ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا

من سرقته ورواه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدم على أبي بكر رضي الله عنه رجل أقطع فشكا اليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة قال والله ما زدت على أنه كان يولني شيئا من عمله فخانه في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له أبو بكر ان كنت صادقا فلأقيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له أبو بكر رضي الله عنه ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع أبو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري وروي عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكي عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى أنه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لأستحي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا أتي به بعد ذلك قال اني لأستحي أن أدعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه انه أتي بسارق فقطع يده ثم أتي به فقطع رجله ثم أتي به فقال أقطع يده فبأي شيء يتمسح وبأي شيء يأكل أقطع رجله على أي شيء يمشي اني لأستحي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم في سارق فأجمعوا على مثل قول علي وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين وأخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا كله قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد أن يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا تخبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين له عليه السلام بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لهم ان غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على أربعته واما لعلمه أن ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي (قوله وبهذا حاج على بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا) يشير الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور رضي الله عنه حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب وقد أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل بأي شيء يأكل الطعام بأي شيء يتوضأ للصلاة بأي شيء يغتسل من جنابته بأي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن أياما ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول

(قوله فحجهم) أي غلبهم في الحجة يقال حاجه فحجه أي ناظره في الحجة فغلبه بها

(قوله فحجهم) أي غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه أحد بالنص في الباب فبان أنه لا نص فيه اذ لو ثبت

ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله أو نحمله على السياسة (واذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء قطع) لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا فى البطش بخلاف فوات الاصبعين لانهما يتنزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش

وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلدا شديدا ثم أرسله وقال سعيد أيضا حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال أتى عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر أن يقطع رجله فقال على رضى الله عنه قال الله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغى أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشى عليها اما أن تعزره واما أن تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقى فى سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال على رضى الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف (ولانه اهلاك معنى) هو من قول على رضى الله عنه فتلته اذا والحد زاجر لا مهلك (ولانه نادر الوجود) أى يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع الا (فيما يغلب) على ما مر غير مرة (بخلاف القصاص) يعنى لو قطع رجل يدى رجل فقطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته (لانه حق العبد فيستوفيه ما أمكن جبرا لحقه) لا يقال اليد اليسرى محل القطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل فى الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم (قوله وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاء (لا يقطع لان فى القطع) والحالة هذه (تفويت جنس المنفعة بطشا) فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشيا) اذا كان ذلك فى رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشى لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع يمين السارق (اذا كانت ابهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان) من واحدة منهما (سوى الابهام) لان فوتهما يقوم مقام فوت الابهام فى نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان فى اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف فى هذا الباب ما ذكر فى الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام

لبلغهم ولو بلغهم لاحتجوا فان قيل أليس أن اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى عن أن تكون مرادة كمن قال لآخر أعتق عبدا من عبيدى ثم قال عنيت به سالما ولان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار ولان السارق اسم فاعل فيدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات لم ترد اجماعا و بفعل واحد لا تقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى اجماعا فخرجت اليسرى عن الارادة (قوله والحديث طعن فيه الطحاوى) فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعى رحمه الله من الاحاديث فى تصحيح دعواه هذه أو يحمل على السياسة أو على الانتساخ لانه يحتمل أنه كان هذا فى الابتداء فقد كان فى الحدود تغليظ فى الابتداء ألا ترى أنه قطع الايدى والارجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا فى

(قوله بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هنالك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها و يستنجى بها و رجل يمشى عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذى رواه الشافعى دليلا على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوى) قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعى وقال أبو نصر البغدادى قال الطحاوى انه حديث لا أصل له لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نحمله على السياسة) بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة وقوله (لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا) يعنى ان كانت يده اليسرى مؤفة (أو مشيا) ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهر

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا شيء عليه في الخطا ويضمن في العمد، وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطا أيضا وهو القياس والمراد بالخطا هو الخطا في الاجتهاد وأما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه أخطا في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطا في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي انه يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع

المخل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعله أصبعين لان الحد يحتاط في درئه (قوله واذا قال الحاكم للحداد) أي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد (اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدب وبه قال أحمد (وقالا لا شيء عليه في الخطا ويضمن في العمد) أرش اليسار (وعند زفر يضمن في الخطا أيضا) بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف (قوله والمراد) أي المراد (بالخطا) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطا في الاجتهاد) ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما (أما الخطا في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا) لانه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزائها (وقيل) الخطا في اليمين والشمال (يجعل عفوا أيضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه) انما (أخطا في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالاجماع) وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار (ولهما) في العمد (انه) جان حيث (قطع يدا معصومة بلا تأويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات) لانه هو لم يفعله عن اجتهاد (وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة) الناشئة من اطلاق النص (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه) وان (أتلف) بلا حق ظلما لكنه (أخلف من جنسه ما هو خير له) وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئا وانما قلنا انه أخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاخلافها الى خلف استمرارها وبقاؤها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه

المبسوط * الحداد الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد كذا في المغرب (قوله واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا) انما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه أمر بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي رحمه الله (قوله والمراد بالخطا هو الخطا في الاجتهاد) أي اجتهد في جواز قطع اليسار نظرا الى اطلاق النص أما الخطا في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا لان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار. (قوله والخطا في الاجتهاد موضوع) بدليل قوله تعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله أثبت الاذن فيهما مع أن الحق عند الله أحدهما (قوله وان كان في المجتهدات) أي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهره اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر في عمد الظلم كالقاضي اذا تعمد الجور في حادثة (قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف) فان قيل اليمنى لم

كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما أمر به فانه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن أدبه الامام لانه أساء الادب حين قطعه قبل أن يأمره الامام به وكلامه واضح وقوله (بغير حق) دليله أن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضا لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصا (ولا تأويل) حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تعمد في قطع اليسار (فلا يعفى) كما لو قطع رجله أو أنفه (وان كان في المجتهدات) لان المجتهد لا يعذر فيما اذا أخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا (وكان ينبغي أن يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة) وهي قوله تعالى فاقطعوا أيديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله (ولابي حنيفة) تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا

(قوله يوجب تناول اليدين جميعا الخ) أقول يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم

(وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه (لا يضمن) شيأ لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مامور الحاكم أو أجنبيا غير مامور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطا الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع أدى الى الاستهلاك ورد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك (قوله ولو أخرج السارق) يساره ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق ان كان هالكا (لانه لم يقع حدا) وانما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان ايذانا بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله (وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) ولا

وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لان الخصومة شرط لظهورها

من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي وأما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيأ أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بالفين وقيمته ألف أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيأ (قوله وعلى هذا) أي على تعليل قول أبي حنيفة بالاخلاف بقطع يساره (غير الحداد أيضا) لا الاخلاف (وهو الصحيح) احتراز عما ذكر الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد بامر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطا الدية (قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني) فقطعها (لا يضمن) وان كان عالما بانها يساره (بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال) اذا كان استهلكه (لانه لم يقع حدا ففي الخطا كذلك على هذه الطريقة) أعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاخلاف ولازمها عدم وقوعه حدا فكلاهما واحد الا أن الاول أقرب الى اللفظ (وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن) لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص أبا حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع انهما أيضا يضمنانه لان توهم انه لا يضمن انما يثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فأزال الوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا (قوله ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة) والخصم هو المسروق

تحصل له بسبب القطع بل كانت حاصلة له من قبل قلنا اليمنى من حيث الاعتبار حصلت له بقطع اليسرى لانها لما صارت على شرف الزوال فهي كالفائتة من حيث الاعتبار فان قيل لو قطع رجله اليمنى يضمن وقد أتلف وأخلف عوضا وهو اليد اليمنى قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتالف ليس من جنس الباقي وعلى هذه النكتة لو قطع غير الحداد لا يضمن (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي هذا كله اذا قطع الجلاد بامر السلطان ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطا الدية (قوله لانه قطعه بامره) ألا ترى أن من قطع يد غيره باذنه من غير أن يكون قطعه مستحقا بالسرقة لا يضمن لان البذل في الاطراف يسقط ضمانها فهنا أولى (قوله ثم في العمد عنده عليه ضمان المال) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وانما خص أبا حنيفة رحمه الله بالذكر وان وجب الضمان بالاتفاق لان الشبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما يرد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب ضمان اليد على الحداد فيظن أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب ضمان الحداد نفسه دفعا لهذا الوهم (قوله وفي الخطا كذلك) أي يجب ضمان المال على السارق على هذه الطريقة أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا وعدم الضمان على الحداد لانه أتلف وأخلف ما هو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان في ضمن وجود القطع حدا وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان ذلك وقع موقع الحد وعلى طريقتهما وهو أن الضمان بطل بطريقة الاجتهاد لا يضمن لوقوعه موقع الحد (قوله الا أن يحضر المسروق منه) ولم يقل الا أن يحضر المالك لان السارق عندنا يقطع بخصومة

(قوله وانما خص أبا حنيفة الخ) أقول قال الشيخ الامام السغناقي وتبعه الكاكي وانما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما ترد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب الضمان اهـ وعندي ان ما ذكره السغناقي أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعا للاتقاني فتأمل أنت (قوله فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ)

الذى قلنا فى طريق أبى يوسف ومحمد ان ضمان اليد على الحداد بطال بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حد لا يجتمعان قال (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء فى اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن أبى ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعى ان أقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلابد من ذلك لان الشهادة تبنى على الدعوى فى الحال فما لم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط فى الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفى السرقة وكل ما هو شرط الشئ لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه فى الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها أى لظهور السرقة وهى الجناية ويمكن أن يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثانى لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدى الربا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق (قوله وكل من له يد حافظة) يريد متولى الوقف والاب والوصى ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك

ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعى فى الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك فى السرقة من هؤلاء

منه فلابد من حضوره وهو قول الشافعى وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما فى حد الزنا وقوله (ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعى فى الاقرار) هو خلاف الاصح عنده والاصح عنده أن الاقرار كالبينة يعنى اذا أقر عند الحاكم انى سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه فانه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعى وما ذكره عن الشافعى رواية عن أبى يوسف لان خصومة العبد ليس الا ليظهر سبب القطع الذى هو حق الله تعالى وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب أنه ما لم يظهر تصديق المقر له فى المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز ولان شبهة الاباحة باباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود اذنه له فى دخوله فى بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة بخلاف الزنا فانه لا يباح بالاباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال اباحة المالك ونحوه هى الشبهة الموهومة التى سينفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له (قوله وكذا اذا غاب) المسروق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعى وأحمد خلافا لمالك (لان الامضاء من القضاء فى الحدود على ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه فى ثبوت خلاف الشافعى لكن علمت أن الاصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع فى بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) أى اذا سرق الوديعة أو المال المغصوب وأما صاحب الربا فكالمشترى عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب اذ المشترى شراء فاسدا فى يد المشترى كالمغصوب (ولرب الوديعة أن) يخاصمه و(يقطعه أيضا) كالمودع (وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والاب والوصى يقطع السارق لما فى أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك)

المستودع والمستعير (قوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا) أى يشترط حضور المسروق منه ومطالبته بالسرقة فى الشهادة والاقرار خلافا لابن أبى ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبة كالزنا وللشافعى رحمه الله فى الاقرار لان الشهادة تبتنى على الدعوى فى المال بخلاف الاقرار (قوله وصاحب الربا) قال فى المحيط يحتمل أنه أراد رجلا باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض العشرين وجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة لان هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب (قوله وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والاب والوصى

أقول فيه بحث فان الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا فى طريق أبى يوسف ومحمد) أقول وجه التخصيص غير ظاهر فان ذلك فى طرف أبى حنيفة أيضا (قوله ومعنى قوله الى قوله قد تقدم) أقول فى باب الشهادة على الشهادة

(قوله الا أن الراهن) استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا أما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لان له أن يأخذه وكذا في الايضاح وأما عقلا فلان السارق انما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في (بدونه) راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط (فالشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده) اذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم (وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في ظهورها في حق القطع (تفويت الصيانة) لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لاصيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها) وهذا ظاهر وسقوط (و) السرقة (قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) أي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية (لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد) وهم في ذلك

الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه

بما في أيديهم (الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله (لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ وفي غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعي رحمه الله بناه) أي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد) عند جحود من في يده المال المودع كابناء غير المودع الا أن يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لابقاء اليد فلان لا يملكوها لاعادة اليد أولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول لمالك وبيد المستعير أيضا (وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في القطع (تفويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) وهذه النكتة هي مبنى الخلاف أعني كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله (اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) والاحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان

(قوله الا أن الراهن انما يقطع بخصومته) الاصح من النسخ قوله الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين أي حال قيام المرهون في يد السارق ذكر في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن وان قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لان له أن يأخذه (قوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين هذا على أصح النسخ وفي بعض النسخ حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه أي بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا دينه فلم يبق له حق فيه وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعي رحمه الله بناه على أصله اذ لا خصومة لهؤلاء عنده في الاسترداد لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة ألا ترى أنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء اليد فلان لا يملكوا الخصومة في الدعوى منهم اعادة اليد أولى وزفر رحمه الله يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ فيظهر في حق الاسترداد ولا يظهر في حق القطع ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا (قوله مطلقا) رد لقول زفر رحمه الله أن ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ لانهم

وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن

استعادتها حقا لهم كما أن ذلك للمالك بل المالك فى الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان ذا اليد ان كان أمينا لا يقدر على أداء الامانة الا به وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة فى حق الهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته فى القصاص لا تعتبر فلا يقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه فى اعادة يده وأورد أن فى صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احدى الحجتين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود فى هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بان المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغنى عن اضافة الخصومة الى غيره وفى فصل الاقرار شبهة زائدة هى جواز أن يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وان لزم غير مقصود ولا داعى لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهدر فى اعتبار الشرع بدليل الاجماع على أن يقطع بخصومة الاب والوصى بسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال اقرار المالك له أى اعترافه بانه له واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها فى الحال لا على تقدير منتف فى الحال ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفى أو أذنت له فى الدخول فى بيتى ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التى ذكرها بعضهم فى اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز أنه اذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر له به سرا فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها فى نفس الامر لا على تقدير حضوره المنتفى فى الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان أذن له

انما علكون الخصومة بحكم النيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة ولو أظهرنا ولاية الخصومة فى حق استيفاء القطع لاظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا خصومتهم واقعة لا لانفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وذا لا يتاتى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالملك وقد أزيلت فلهم حق الاعادة لان صاحب اليد ان كان أمينا فلا يتمكن من أداء الامانة الا بيده وان كان ضمينا فلا يتمكن من اسقاط الضمان من نفسه الا بيده فكانت الخصومة له لا لغيره ومن هذا خرج الجواب عن اشكال يورد هنا وهو أن الوكيل بالخصومة فى السرقة اذا أقام البينة بالسرقة عند القاضى لا يقطع وان ظهرت السرقة عند القاضى بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك ويقطع بخصومة هؤلاء لما ذكر أن كل واحد من هؤلاء يخاصم لاعادة اليد الثابتة له ألا ترى أنه يستغنى عن اضافة الخصومة فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالقصاص قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان أن المال ليس للسارق ولكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف القصاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع ليعيد يده التى كانت حقا له فى الوديعة وليس فى استيفاء القود اعادة اليد على الوديعة بل تصرف آخر وهو الاتلاف فلم يثبت

المالك لان اعتبار خصومة كالمالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود فى هؤلاء أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل وأما المرتهن والمودع فالرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع وقوله (والمقصود من الخصومة) أى مقصود صاحب اليد (احياء حق المالك وسقوط) الضمان بسقوط (العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمنى غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغى أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر فى مسئلة قبيل هذا لاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فان فيه شبهة موهومة أيضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندى فى الوقت الذى سرق ذلك ومع ذلك لم تشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة

المالك (في ظاهر الرواية) وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذى كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة و بين ما اذا أقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهى الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرز أو الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع أجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك قال (وان قطع سارق بسرقة) المسروق اذا سرق من السارق فاما أن يكون قبل ان قطع يده أو بعده فان كان الثانى لم يكن له أى للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثانى أما السارق فلوجهين أحدهما (أن المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها) والثانى أن يده لم تبق من الايدى التى ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع وأما المالك فللوجه الاول وقوله (وللاول) أى السارق الاول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان ضرورة لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فاما أن يردها (قبل الارتفاع الى الحاكم) أو بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية

فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى) لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) الى الحاكم (لم يقطع) وعن أبى يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة

أو أنه مقر له به قائم في الحال وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع (قوله وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال أن يقطع السارق الثانى) و به قال أحمد والشافعى في قول وقال مالك والشافعى في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول أولا ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم أقطع الثانى وان درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت الثانى ومثله في الاملاء لابى يوسف وأطلق الكرخى والطحاوى عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد لان يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في أخذ مال ضائع قلنا بقى أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه) وفي رواية أخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه أنه اذا ظهر هذا الحال عند القاضى لا يرده الى الاول ولا الى الثانى اذ رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثانى الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (قوله ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) يده (كـ) يد الغاصب (قوله ومن سرق سرقة فردها الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن أبى يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التى هى الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها أعنى الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهى (انما جعلت حجة

(قوله فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المودع هكذا ذكر في المنتقى لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذى كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره (قوله وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة) كما لو حضر المودع وقال انه كان ضيفا عندى وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال وأما ما يتوهم اعتراضها لا يعتبر ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع

(قوله أجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول قد مر في ظهر هذه الصحيفة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد أداء الشهادة فتامل هل يندفع ذانك الاحتمالان دون أن يحضر المالك

(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشئ يتقرر بانتهائه لانه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لانه يبطل لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق (١٦٣) منه والى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده وكذا الرد الى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك) وسلمه اياه (أو باعه اياه لم يقطع) وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا) باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك (وظهورا) لان الفرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز عما اذا أقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود

ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب

لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشئ ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة الى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وان لم يكونوا في عياله ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده الى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورده الى سيده أو من العيال ورده الى من يعولهم أي سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك) وسلمها اليه أو باعها منه (لا يقطع وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدما ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال يا رسول الله لم أرد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتيني به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع (قوله ولنا أن الامضاء) يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشان في بيان أن الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء في هذا الباب (٢) وقد بيناه في حد الزنا الا أن المصنف لما

(قوله لان الخصومة شرط لظهور السرقة) أي بالبينة (قوله لانتهاء الخصومة) بحصول مقصودها المقصود

قال المصنف (انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول فان قيل ان أريد أنها جعلت حجة لتلك الضرورة في حقوق العباد فمسلم ولا يفيد لان القطع من حقوق الله وان أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر قلنا المراد هو الاول لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق صرح به الزيلعي فتامل

(لوقوع الاستغناء عنه) أى عن القضاء (بالاستيفاء) يعنى أن القضاء فى هذا الباب لايغنى غناءه أى لا يفيد فائدته الا بالاستيفاء (لان القضاء للاظهار) ولا اظهار هاهنا (لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء فى هذا الباب اعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق (١٦٤) (واذا كان كذلك) أى اذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتدائها قاضى القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق فى الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره فى الاسرار (وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء) يعنى صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا فى صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء فى باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود مطلقا لكن فى صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك وكان شبهة فى درء الحد فان (وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لان الكلام فى المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتبارا بالنقصان فى العين) يعنى بان هلك درهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر فى قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع فى العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد فى غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ولنا

لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا اذا نقصت قيمتها من النصاب) يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعى اعتبارا بالنقصان فى العين

كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أى عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل ولا يفيده سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء (واذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهى منتفية بالهبة بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لان به تنتهى الخصومة والشئ بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع وأما الحديث ففى رواية كما ذكر وفى رواية الحاكم فى المستدرك قال أنا أبيعه وأنسئه ثمنه وسكت عليه وفى كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا وقوله أيقطع رجل من العرب فى ثلاثين درهما ولم يثبت أنه سلمه اليه فى الهبة ثم الواقعة واحدة فكان فى هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع اليه وفى ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض (قوله وكذلك اذا نقصت قيمتها) أى قيمة السرقة أى العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع فى ظاهر المذهب (وعن محمد يقطع وهو قول زفر) و باقى الائمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان فى العين) فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقى منها لا يساوى عشرة يقطع

من الخصومة استرداد المال وظهور حق الله تعالى عند القاضى وقد حصل حيث أقام البينة عند القاضى فيكون منتهيا والشئ بانتهائه يتقرر والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لا منه والخصومة شرط ولم يبق لانه لا قضاء الا بعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى بعد ما وصل المسروق الى المسروق منه وانما يدعى القطع وهو أجنبى عنه ولا قطع بدعوى الاجنبى فكذا بدعواه ولو رده على ولده أو ذى رحمه ان لم يكن فى عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان فى عياله لا يقطع لان يد من فى عياله كيده حكما ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من فى عياله يبرأ المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة ولو دفع الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليسوا فى عياله لا يقطع ان لهؤلاء شبهة الملك بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على سيده لا يقطع لان مال المكاتب للمولى رقبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق أيديهم فى ماله (قوله واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء) وهذا بخلاف رد المال لانه يؤكد الخصومة السالفة وينهيها لحصول

(ان كمال النصاب لما كان شرطا) فى الابتداء (يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا) أن الامضاء من القضاء والفرق بينه و بين النقصان فى العين (أن النقصان فى العين مضمون عليه) أى على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ دينا وقت الاستيفاء (كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة) وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعى لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة و) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) انه لا يعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح) وما من مقر الا و يتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا فى ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة فى الحجة القاصرة مورثا لها فى الكاملة والجواب أن الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدى الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه وأما بالنسبة الى المقر فهما سواء (قوله واذا أقر الرجلان بسرقة) مبناه على صحة الرجوع وقوله (لان الرجوع عامل فى حق الراجع) يعنى لعدم المكذب ومورث للشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فيكون فعلا واحدا

ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان فى العين لانه مضمون عليه فيكمل النصاب عينا و دينا كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعى لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدى الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالى لم يقطعا) لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما)

بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف فى نقصان القيمة (بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه دين و بعضه عين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه لانه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا فى النهاية وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه (قوله واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعد ماشهد عليه الشاهدان بالسرقة) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكى فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال (وقال الشافعى لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين كذا ذكره بعض أصحابه وهو رواية عن أحمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدى الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعى وعن أحمد رواية أنه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهى احتمال صدقه قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من انه يفضى الى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا (قوله واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعا لان الرجوع عامل فى حق الراجع منهما و يورث الشبهة فى حق الآخر لان السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة) فتتحد فتعمل الشبهة فيهما (قوله فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر منهما (فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول

المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منه وثم انما يخاصم ليرد عليه وما يفوت مقصود الشىء لا يكون منهيا له فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد قلنا اختلفت الروايات فيه و بعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى وذلك متلاش وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باق (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله ان الامضاء من القضاء (قوله بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة) وانما قال ذلك لانه اذا أقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط القطع عنه بالاتفاق (قوله ولا معتبر بما قال) أى الشافعى رحمه الله وهو قوله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعنى ما من مقر الا و يتمكن من الرجوع ومع ذلك صار معتبرا فى ايراث الشبهة فكذا هذا (قوله لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر)

قال المصنف (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) أقول يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الاقرار فى الحدود متفق عليه بيننا و بين الشافعى وقد صرح بخلافه فى أوائل كتاب الحدود لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصرح به فى كتبهم

(قوله لانه لوحضر ربما يدعي الشبهة) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعنا مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (على ما مر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة مال) اذا أقر العبد بسرقة فاما ان يكون ماذونا له أو محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما أن يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا وكل من ذلك على

وجهين اما ان كذبه المولى أو صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود

وكان يقول أولا لا يقطع لانه لوحضر ربما يدعي الشبهة ووجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى. قال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى (ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين) وقال زفر لا يقطع

الائمة الثلاثة (وكان يقول أولا لا يقطع لانه ان حضر) الغائب (ربما يدعي شبهة) والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبر بوهم حدوث شبهة على ما مر) في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت بينة أخرى وكذا اذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة اما ماذون له أو محجور عليه وفي كل منهما اما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالماذون له اذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف (ولو كان ماذونا قطع في الوجهين) ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله (وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قائمة أو ماذونا والاقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا أعني اقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الجلان في الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى في اقراره وقال المال مالي أما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر له به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه

فان قيل قوله هو مالي مورث للشبهة في حق الراجع كما في المسئلة الاولى فاذا كان شبهة في حقه يكون في حق الآخر شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قلنا سقط القطع عن الراجع برجوعه لا بطريق الشبهة فاما في المسئلة الاولى ليس ذلك رجوعا لان المسئلة فيما اذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله هو مالي رجوعا فاعتبر شبهة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) قيد بالمحجور لانه لا خلاف في الماذون عند علمائنا

المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم أو مستهلك ويرد القائم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان أقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان أقر بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى حكي عن الطحاوي انه قال سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف فاخذ به أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه وأصل ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال أبتغي المال ولا أبتغي القطع لم يسقط القطع وقال أبو يوسف كل منهما أصل أما أصالة القطع فيما قالوا في الحر اذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال

في

وأما اصالة المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال أصل والقطع تبع ووجهه ووجه أبي يوسف في أصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظ نبينها فقوله (في الوجهين) يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا

(قوله بدليل انه يبطل بالتقادم) اقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال ابغي المال الخ) اقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه) اقول قال الاتقاني

في لوجوه كلها لان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد في المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع و يثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع

ان كان هالكا ولا بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (ان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره) بها (يرد) أثره (على نفسه أو طرفه) بالاتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالاقرار به اقرار على مال الغير (والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له) لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف و بطل في الطرف (يؤاخذ) بالمال (بضمانه) ان كان هالكا و برده ان كان قائما (لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى) حيث أذن له في المعاملات ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان أثر الاقرار بها يرجع اليه من حيث هو آدمي) لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا يرى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (ولانه لا تهمة في هذا الاقرار) ليبطل في حق السيد لان ضرره الراجع اليه به فوق ضرر الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان و بالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان ما لزمهم من ذلك فرع لزومه مثله فنفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل اجماعا وان كان فيه ابطال ديون الناس و (لمحمد في المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولذا لا يصح اقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى) اذ الفرض تكذيب المولى له في اقراره فقد أقر بسرقة مال المولى و بسرقة مال المولى لا يقطع و بهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد أي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع (أن المال) في لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع و بيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) لذا (يثبت المال) في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضى بالمال (دون القطع) وكذا اذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفي عكسه لا تسمع) حتى لو قال

الثلاثة وبقوله بعينها لانه لا خلاف في المستهلكة عندهم أيضا (قوله ولانه لا تهمة) الى قوله ومثله مقبول على الغير كما اذا شهد العبد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم تقبل في سائر المواضع لما أنه لا تهمة فيه لانه يلزمه الصوم بهذا و يلزم غيره وكذا لو أقر الحر المديون المفلس بالقتل العمد فانه يقتص بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون أرباب الديون (قوله حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع) ألا ترى أن المسروق منه لو قال أبغي المال ولا أبغي القطع تسمع خصومته ولو قال أبغي القطع ولا أبغي المال لا تسمع خصومته و يثبت المال دونه كما لو شهد به رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا

وقوله (في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله (لانه يرد على نفسه) يعني فيما اذا أقر بقتل الغير عمدا (أو طرفه) يعني فيما اذا أقر بالسرقة وقوله (يؤاخذ بالضمان) يعني في المستهلك وقوله (والمال) يعني اذا كان قائما في يده وقوله (من حيث انه آدمي) يشير الى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى الاقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله (ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال) يعني لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال أيضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته وقوله (لما يشتمل عليه) أي على العبد (من الاضرار) لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أي ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه ساريا الى المقر و الى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا أقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله (ولا قطع على العبد في سرقته) أي في سرقة مال مولاه وقوله (يؤيده أن المال أصل فيها) اشارة الى ما مهدنا من الاصل وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع (و يثبت المال دونه) كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع (وفي عكسه) بان قال أطلب القطع دون المال (لا تسمع) الخصومة

اي معنى الاختلاف اه وفيه تأمل (قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) اقول اي بدون الخصومة في القطع وان لم يسقط القطع كما

(ولا يثبت) القطع دون المال وقوله (فلا يصح فى حقه فيه) أى فلا يصح اقرار العبد فى حق المولى فى المال وقوله (والقطع يستحق بدونه) أى بدون المال لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك قوله (لما بينا) اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) اى لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه آدمى مكاف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من اصله

وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء) يريد أن الاقرار بالشئ اظهار أمر قد كان فلابد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار وقوله (حتى تسقط) بالرفع لان حتى بمعنى الفاء قوله (باعتباره) أى باعتبار القطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم فى حق السارق يدل على أن المال تابع لانه لو كان أصلا لما تغير له من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله (بخلاف مسئلة الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد الخ وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو فى حق الرد الى عمرو ولا يلزمه عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما مر أن السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال وأما ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذى أقر بالسرقة منه (قوله ولو صدقه المولى) قدمناه فى أول البحث قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) كلامه واضح

ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل فى التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذى فى يده صحيح فيصح فى حق القطع تبعا ولابى يوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ماذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح فى حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع يد المقر وان كان لا يصدق فى تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابى حنيفة أن الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع فى الفصول كلها لزوال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت

مستهلكة

المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح فى حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (ولابى يوسف انه أقر بشيئين) اى اقر بما يوجب شيئين القطع وهو) اقرار (على نفسه فيقطع (على ماذكرنا) مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) اقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح فى حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر هذا الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولابى حنيفة ان الاقرار فى حق القطع قد صح منه لما بينا) فى الكلام مع زفر من انه آدمى الى آخره ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم بحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هنا تم الوجه وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله (بخلاف مسئلة الحر) يريد الزام أبى يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع لعمرو فكذا جاز أن يقطع بما أقر به من مال الاجنبى ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وأنه وديعة عند زيد أو غصب وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه انكار الوديعة غير أن المقر ليس خصما له فى ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع (قوله واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت

يقطع (قوله ولابى حنيفة رحمه الله أن الاقرار قد صح منه بالقطع لما بينا) اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال وهذا لان الجزاء انما يجب عليه بسبب الجناية والجناية انما تتحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يتحقق من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال (قوله لان الاقرار يلاقى حالة البقاء) لان الاقرار اخبار عن أمر كائن فلابد وان يتحقق ذلك الشئ حتى يتصور الاخبار منه (قوله أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى) أى لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه

قال المصنف (حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول معارض بما اذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى اذ لا بقاء اذا رجع
قال المصنف (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) أقول لو أطلق عن قوله فى يده لكان أشمل قال صاحب البدائع والعلامة الكاكى ولو باع

مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع لحق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة لذمي ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل

مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما) أي في الهلاك والاستهلاك وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظر الجانبين ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولانه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والآخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر الذمي) على قولكم فانكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزامي فانهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن أخيه المسور ابن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا أقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بان المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته وذلك الساقط كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يزد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي) والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان (ولان المسروق

(قوله هذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) وهو قوله واذا كانت مستهلكة لان الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك ولا يضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان في الاستهلاك يثبت في الهلاك بالطريق الاولى (قوله أو شرب خمر مملوكة للذمي) أي على أصلكم فان عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمي (قوله لانه) أي لان السارق يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ كما في الغصب وعن هذا قالوا أن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الغصب (قوله وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي) يعني أن وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتف

وقوله (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله (أو شرب الخمر للذمي) يعني على أصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمي (ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) لا يقال هذا الحديث يدل على أن العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله (وما يؤدي الى انتفائه) انما كان ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع

السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق في عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته اهـ

وقوله (اذلو بقى) يعنى معصوما حقا للعبد (لكان مباحا فى نفسه) لانه عرف بالاستقراء أن ماهو حرام حق العبد فهو مباح فى نفسه وكان المال
السارق حراما من وجه دون وجه (فينتفى القطع للشبهة) اذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ بالحديث فاذا لم يبق
معصوما حقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ما ذكر فى المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى فى هذا المحل لم يبق
للعبد فالتحق فى حق العبد بالاقيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لا ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان
استوفى به القطع يتبين به أن حرمة المحل فى ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العدوان تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوم
كان للعبد فيجب الضمان وقوله (الا أن العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة

والخمر وجب أن لا يجب
الضمان عند الاستهلاك وقد
روى الحسن عن أبى حنيفة
وجوب الضمان فيه وتقرير
الجواب أن سقوط العصمة
انما كان ضرورة تحقق
القطع وما ثبت بالضرورة
يقتصر على محلها فلا يتعدى
الى فعل آخر هو الاستهلاك
لانه لا ضرورة فى حقه لانه
ليس القطع ولا من لوازمه
(وكذا الشبهة) وهو كونه
حراما لغيره (تعتبر فيما هو
السبب) وهو السرقة لان
اعتبار الشبهة انما يكون
بجعل السبب فى الموجب
للحد غير موجب احتيالا
للدرء والاستهلاك ليس
بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة
(ووجه المشهور) وهو عدم
وجوب الضمان فى الاستهلاك
كما فى الهلاك (أن الاستهلاك
اتمام المقصود) بالسبب
وهو السرقة لانه انما سرق
ليصرفه الى بعض حوائجه
فكان تتمة السبب لا أنه فعل
آخر (فتعتبر الشبهة فيه)
لاسقاط الضمان كاعتبارها
فى نفس السبب وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانه
لانتفاء المماثلة) قال فى النهاية أى لان سقوط العصمة فى فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة فى فصل الهلاك وأقول معناه سقوط
العصمة فى الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها فى الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية

لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة
ولا ضمان فيه الا أن العصمة لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة فى حقه
وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه
وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان

لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقى كان مباحا فى نفسه) وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من
وجه دون وجه فكان شبهة فى السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد
لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا (فكان محرما حقا للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص
حق الله) ولا يقال جاز كون الشئ محرما لغيره ولنفسه كالزنا فى نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا فى
نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره ووقت استخلاصه الحرمة
لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التى علم تعالى أنها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع
فاذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقا له تعالى فى ذلك المال كما نعلم أن الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من
غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها الا انا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى
بنقل الملك فيها اليه قبل الوطء القبلية التى علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا فى أعتق عبدك عنى بالف فهو من
الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن فى الضمان بالاستهلاك مع فرض
أن العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغى أن لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله
(الا أن العصمة لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة فى حق فعل آخر)
انما الضرورة فى نفى شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أى شبهة الاباحة
انما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك)
وان كان فعلا آخر الا أنه (اتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر
الشبهة فيه) كما اعتبرت فى السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان) فى فصل الاستهلاك

فيبقى الضمان بالضرورة لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم (قوله اذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه)
فينتفى القطع لان الحرمة لحق العبد لا توجب حرمة عينه وما كان حلالا فى نفسه لا يصلح سببا للعقوبة كشرب
عصير الغير وأخذ ماله غصبا انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة من العبد الى الرب
قبيل السرقة ليكون ورود الجناية على حق الله تعالى فان قيل فعله لاقى عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد
فكان جنايتين كما فى القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفى قتل صيد مملوك فى الحرم يجب الجزاء والقيمة وفى
شرب خمر الذمى يجب الحد والضمان قلنا فى النفس حقان حق الشرع وحق العبد فوجب الضمانان والجزاء

(قوله لانه عرف بالاستقراء الخ) أقول منقوض بخمر الذمى قال المصنف (الا أن العصمة لا يظهر سقوطها فى حق الاستهلاك) أقول وأنت خبير
بان الحديث والتعليل الاول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك) أقول يجب الضمان باستهلاك
خمر الذمى كما سبق آنفا

لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع فى احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التى قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر أحدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيا بالاتفاق فى السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع

(لانتفاء المماثلة) بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد فى حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له فى حالتى الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمى لانه أتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفى المبسوط روى هشام عن محمد أنه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفى الايضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان وأخذ شيا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء و يلزمه ديانة وكالباغى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر أثره فى حق الحكم وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع فى احداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أى ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيا) لارباب تلك السرقات (عند أبى حنيفة وقالا يضمن كلها الا) السرقة (التى قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيا) من السرقات (بالاتفاق لهما أن الحاضر ليس نائبا من الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة) ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة وله أن لواجب بالكل قطع

فى قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان باتلاف مال الغير والحد وجب بشرب الخمر صيانة لعقله والضمان باتلاف مال متقوم للذمى جبرا لحقه وهنا الجناية متحدة لانه محلها العصمة وهى واحدة وقد صارت لله تعالى فلم تبق للعبد والجناية الواحدة متى أوجبت جزاء الفعل كملا لا يوجب بدل المحل كقطع اليد قصاصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين أن العصمة كانت له فلا يضمن والا ظهر أنها كانت للعبد فيضمن فان قيل ان انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لا سبب سوى السرقة وان انتقلت بعدها فلا يفيد لان السبب صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو باطل أيضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا لصيرورة الجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذى هو حقه كما يثبت الملك فى قوله أعتق عبدك عنى على ألف فقال أعتقت ضرورة صحة العتق اقتضاء ولهذا قلنا فى رواية يضمن بالاتلاف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر فى فعل السرقة دون غيرها اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها والاتلاف فعل آخر فلا يظهر فى حقه فيضمن كما لو أتلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاتلاف اذ لا حاجة الى نقل العصمة فى حق الغير فيبقى معصوما حقا للعبد نظرا الى الغير فيضمن (قوله لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة) أى سقوط العصمة فى حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة فى الهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق و بين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للعبد فى حالتى الهلاك

فى الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهى منتفية لان المضمون به مال معصوم فى الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك والمضمون وهو المسروق معصوم فى الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين والمعصوم فى حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه أى لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعنى أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبنى على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفى الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذى يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف لا يساعده فتامل قال (ومن سرق سرقات فقطع فى احداها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة فى حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة (قوله أن الواجب بالكل) أى بكل السرقات

(قوله لان الضمان الى قوله بالنص) أقول يعنى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (قوله ومن الشارحين من قال) أقول أراد الاتقانى

(قطع واحد) لانه يجب (حقالله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا (فاذا استوفى) يعنى ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أن نفعه) وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصابا يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا أجيب بانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع

واحد حقالله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضى فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أنه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد نخاصم فى البعض والله تعالى أعلم

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع)

واحد حقالله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فاذا كان الحكم الشرعى الثابت فى نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها فى نفس الامر علم القاضى بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه بها فى نفى الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(قوله ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار) قبل أن يخرجه من الحرز (نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة) بعد الشق (قطع

والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاله فى حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن السارق لا يضمن فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضى القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع النقصان الذى لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا فى المبسوط وذكر فى الايضاح قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحل للسارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاطه قميصا لم يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيأ من أموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الحربى اذا أخذ شيأ من أموالنا ثم أسلم لم يحكم عليه بالرد ويفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المال المسروق يفتى باداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى والاصل فى هذه المسائل كلها أن كل فعل انعقد سببا لوجوب الضمان وتعذر ايجابه بعارض ظهر أثر ذلك العارض فى حق الحكم وأما الفتوى فيما بينه وبين الله فتعتبر قضية السبب (قوله لان مبنى الحدود على التداخل) ومعنى التداخل الاكتفاء بحد واحد (قوله فاذا وجد القطع وقع عن الكل) فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال اذ لا يصح البذل من واحد عن الكل قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعى ثبت بناء على استيفاء القطع لا باعتبار العبد ألا ترى أنه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالاب والوصى والله أعلم بالصواب

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(قوله ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم) أى بعد الشق يساوى عشرة دراهم فيشترط كمال النصاب

الشرب بوقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع فى حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت فى ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان فى واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله (وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد) يعنى لو سرق النصب من شخص واحد مرارا نخاصم فى البعض فقطع لاجل ذلك فعند أبى حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله أعلم

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر فى هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة أبدا تتلو الثابت ذكرا (ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدين أن يكون الشق فى الدار وأن يساوى عشرة دراهم بعد الشق فى الدار لانه اذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من وعن العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق فى الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الاول دون الثانى

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له في شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون) ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق (وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع) ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هنالك فكذلك ههنا والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك (ولهما ان الاخذ) أى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره أنا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وانما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله) أى ومثل هذا الاخذ الذى هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لانه ليس بموضوع للملك (كنفس الاخذ) فانه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم تعتبر شبهة (وكما اذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشترى بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ماذكر) أى أبو يوسف وهو قوله كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك موجود فيه (اذ البيع موضوع) لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الاخراج وهى ما فات من العين والقطع باخراج الباقى كما لو أخذ ثوبين فاحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ماذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع) وان كان لا يساوى عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات فى افادة قول أبى يوسف فى بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهى كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوى والصدر الشهيد والعتابى حيث قالوا وعن أبى يوسف وكذا قول الاسبيجابى ذكر الطحاوى قول أبى يوسف مع محمد وقول محمد مع أبى حنيفة فى الظاهر وشمس الائمة البيهقى زاد فقال فى كفايته وعن أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة وفى بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى وقال أبو يوسف كل شئ يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه ووجه قوله أن السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشترى المبيع الذى فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الاخذ وقع سببا للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن الشق وقع سببا للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما تكون تلك الولاية موجبة للسببية اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس فى الاخذ بل فى الشق تكلف فى تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر فى الاخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) والا لثبت مثلها (فى نفس الاخذ) لانه أيضا يحتمل أن يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار (نظير ما اذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذى به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ)

عند الاخراج (قوله لان فيه سبب الملك) وانما قلنا ذلك لان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك فان سبب الملك لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق كذا فى الاسرار (قوله وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع) والجامع بينهما هو أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك (قوله ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك) أى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد يدل عليه قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ (قوله وكما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فثبت به الملك للبائع

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول المورد هو الكاكى فى معراج الدراية لكن تقرير الجواب الذى هو مورد هذا الايراد ليس على هذا النمط

فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

الحاصل أن هذا الخلاف الكائن فى القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه) اياه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبى يوسف فى عدم القطع فى اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا و يكون فاحشا و تارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بعد ما ملكه بالضمان وقد حده التمرتاشى بان ينقص أكثر من نصف القيمة وأما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والاقل يسير ولا بد أن يكون المعنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة و اليسير ما يفوت به شئ من المنفعة ذكره التمرتاشى وأورد فى الكافى على القطع مع ايجاب ضمان النقصان فى الخرق اليسير أن فيه جمعا بين القطع والضمان وأجاب فقال انما لا يجتمعان كى لا يؤدى الى الجمع بين جزاء الفعل و بدل المحل فى جناية واحدة وهنا لا يؤدى اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة فى شئ واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغى أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال فى الفوائد الخبازية وفى الصحيح لا يضمن النقصان كى لا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان ملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر فى عامة الكتب الامهات انه يقطع و يضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه اياه ألا ترى الى قول الامام قاضيخان فان كان الخرق يسيرا يقطع و يضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذى وقع قبل الاخراج الذى به تم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقى فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث ملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الى آخره فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك فى المخرج فان الجزء الذى ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها

فكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الملك وهو الشق وان كان الخرق اتلافا لم يقطع لانه استقر الضمان وأنه ينفى القطع وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع كذا فى الايضاح وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فى حد الاتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة (قوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا) وقيل فى حد الفاحش أن ينقص ربع القيمة وقيل ما لا يصلح الباقى لثبوت ما والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما يفوت به شئ من المنفعة كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار تضمين كل القيمة بل له تضمين قيمة النقصان فان قيل قد أوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا انما لا يجتمعان كى لا يؤدى الى الجمع بين جزاء الفعل و بدل المحل فى جناية واحدة وهنا لا يؤدى اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة فى

(وان)

ذهب بعضهم الى أنه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب أن القطع للباقى بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشئ آخر (فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة) فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أى هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (اذا كان النقصان فاحشا) وهو الذى يفوت به بعض العين و بعض المنفعة (فان كان يسيرا) وهو ما يفوت به بعض المنفعة فى الصحيح على ما يجىء تمام الكلام فى تفسير الفاحش واليسير فى كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق) لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول أراد الخبازى قال الكاكى وفى الخبازية وفى الصحيح أن لا يضمن النقصان كى لا يجتمع القطع مع الضمان

(قوله وان سرق شاة فذبحها) ظاهر وقوله (ومن سرق ذهبا أوفضة يجب فيه القطع) أي يساوي عشرة دراهم (فصنعه دراهم أودنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافاله) لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة أوحديدا فجعله ذراعا فانه ينقطع به حق المالك وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان (اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم (قوله فلم يملك عينه) أى عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما أى عين الذهب والفضة وانما ملك شيأ غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة وقوله (فان سرق ثوبا فصبغه احمر) قال صاحب النهاية بصورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه مايدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهي لاتدل على التعقيب ولكن قول المصنف

(قوله لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما الخ) أقول أما تبدله حكما فلان التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المضروب قال المصنف (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب) أقول وفي الكنز لو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن قال الزيلعي في شرحه أى لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لافرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى وأنت خبير بان عبارة الهداية ليست على مانقله (قوله وهي لاتدل على التعقيب) أقول بل صيغة المضي تدل على التقدم على ماعرف في مباحث الحال

(وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولاقطع فيه (ومن سرق ذهبا أوفضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أودنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى مازاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ

وحين وردت السرقة وردت على ماليس فيه ذلك الجزء المملوك له (قوله وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولوساوت نصابا بعد الذبح (لان السرقة تمت على اللحم ولاقطع فيه) على مامر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهبا أوفضة يجب فيه القطع) بان كانت نصابا (فصنعه دراهم أودنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الائمة الثلاثة (ويرد الدراهم والدنانير على المسروق منه وقالا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا أما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شئ على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيأ آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شئ عليه ووجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا أو فضة فصار دراهم أودنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر) يقطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد يؤخذ منه الثوب) وهو قول الائمة الثلاثة (ويعطى قدر مازاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب) فان غاصب الثوب اذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبغ

شئ (قوله يجب فيه القطع) من صورة المسئلة أى سرق ذهبا أوفضة يجب فيه القطع بان يساوي عشرة دراهم (قوله فلم يملك عينه) أى عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المضروب (قوله

تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه أسود أخذ منه في المذهبين) يعني عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

(باب قطع الطريق)

تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة) وهو ظاهر وقوله (ومعنى) أي من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى) فانه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بخلاف الغصب لان حق كل) من المغصوب منه والغاصب الذي صبغه (قائم صورة ومعنى) لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وان صبغه) أي السارق (أسود) ثم قطع أو قطع فصبغه أسود (يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والاول سواء) فلا يؤخذ منه (لان السواد زيادة كالحمرة) وهي مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحمرة (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما وفي شرح الطحاوي لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

(باب قطع الطريق)

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة

فرجحنا جانب السارق) فان قيل لو انقطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب أن يمتنع القطع قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كحنطة طحنها السارق يجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقة الحنطة وبالطحن ملك الدقيق دون الحنطة تحقيقه أن ثبوت الملك للسارق لرجحان الصبغ لكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله (قوله فاستويا من هذا الوجه) أي من حيث أن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا أي بما ذكرنا من كون الثوب أصلا قائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب (قوله وان صبغه أسود) أخذ منه في المذهبين يعني مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند أبي حنيفة رحمه الله السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المسروق منه فله أن يأخذ الثوب ولا يعطي شيأ وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد زيادة لكن محمدا رحمه الله لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في الحمرة وأبو يوسف رحمه الله يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كما في الحمرة والله تعالى أعلم بالصواب

(باب قطع الطريق)

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى أما تسميتها سرقة لان قاطع الطريق يأخذ المال خفية وسرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقام المالك وأما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ ملكهم وهتك حرزهم

(الا ترى انه غير مضمون الى آخره) انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة وأما معنى فلان المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة) لتمكنه من الاسترداد (لا معنى) لانه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسئلة (الغصب) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعني الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا) من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا (وان صبغه اسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند أبي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة وأما عند أبي حنيفة فان السواد عنده نقصان) فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فان السواد وان كان عنده أيضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك والله أعلم

(باب قطع الطريق)

(قوله انما يستقيم اذا كانت الخ) أقول فيه بحث *(باب قطع الطريق)*

قال (واذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام أيديهم وأرجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية

بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا اطلاق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله واذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته يعني شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة الى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة الى الجزاء فاما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا واما ان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فتى عفا عنهم عصى الله تعالى والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا وستأتي ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاضيخان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا أن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيأ ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالا للنفي المذكور في الآية وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعدما أحدثوا توبة وتأتي أيضا في الكتاب والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شئ مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا (والاصل فيه) أي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة (قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن وأما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان أمره واما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم

ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق كذا في المحيط (قوله واذا خرج جماعة) أطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد ذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة ممتنعين أي متقوين بأنفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن أنفسهم أو واحد يقدر على الامتناع أي على التقوي ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية أي يحاربون أولياء الله على حذف المضاف لان أحدا لا يحارب الله ولان المسافر في البراري في أمان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالمتعرض له كأنه يحارب الله تعالى والمراد منه التوزيع على الاحوال كأنه قال ان يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك رحمه الله متشبثا بظاهر الآية وثبت ذلك بقوله عليه

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه وأما تسميتها كبرى فلان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق وانما أخره عن السرقة الصغرى لانها أكثر وجودا منه قوله (واذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر والعبد وأراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله (قتلهم حدا) أي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب

والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها أما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع

يثبت القطع على الكافر الذمي (والمراد من الآية التوزيع) أي توزيع الاجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واسحق وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلدا ذا رأي قتله وان كان جلدا لا رأي له قطعه ولنا ما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو أن من المقطوع به ان ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الاجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الا أن هذا الاخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كي لا يتوى نصفه وكذا الاحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض أي من وجه الارض لانه

السلام من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب (قوله وهي أربعة) وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فالاحوال خمس احداها أخافوا الاغير وهنا عزروا أدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا والثانية أخذوا الاموال وفي هذا اذا تابوا قبل أن يؤخذوا ثم أخذوا لم يحدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك والثالثة جرحوا لا غير وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص والارش فيما لا يجري والاستيفاء الى صاحب الحق والرابعة أخذوا المال وجرحوا وهنا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم ما دون النفس حكم الاموال فيسقط والخامسة أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحدهم رجلا بسلاح أو غيره فالحق هنا للامام على ما هو المذكور في الكتاب (قوله أما الحبس في الاولى) أي في الحالة الاولى وهي ما اذا أخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفي المذكور في الآية وقال الشافعي رحمه الله المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان

(قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال) فيه اشارة الى نفي مذهب مالك أن الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة أو وقوله (وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله وان أخذوا مال مسلم أو ذمي وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل وأخذ المال وقوله (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أي فعلى حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق تغلظ الحكم) أي الجزاء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الاحوال لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى (قوله فلانه المراد بالنفي المذكور) يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع

قال المصنف (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أقول عطف على التوهم كأنه قال والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال لا التخيير لان الاجزية المذكورة في الآية الكريمة أربعة والاحوال أيضا أربعة فالظاهر انقسام الاجزية عليها ولان الجنايات الخ

وشرط

أولى من الاخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة فى موضع كان المستحق بأخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان

وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد كى لا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كى لا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع (و) الرابعة (اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما

لا يتحقق ما دام حيا وان حل فى بعضها وهى بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فعملنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضى الله عنه أن مجرد النفى لا يفيد فى المقصود قال يحبس فى بلدة النفى ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس فى بلدة النفى وغيرها فيقع تعيين بلدة النفى فى غير الفائدة المطلوبة (قوله والرابعة) أى من أنواع هذه الجناية (ما اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وان شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم وهذا قول أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب للنص فى الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعى وأحمد أجاب بان أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب أحدا مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله أن يقتلوا أو يصلبوا انما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب وفى عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر أبى يوسف مع محمد وبه قال مالك ان كان القاطع ذا رأى والشافعى وأحمد مع أبى يوسف فى أنه لا بد من الصلب ومع محمد فى أنه لا يقطع (وجه قولهم انه جناية واحدة) هى جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين ولان ما دون النفس فى باب الحد يدخل فى النفس كحد السرقة والرجم) اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهذا على

العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما وجد له نظير فى الشرع أولى من الاخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب) وقال مالك رحمه الله المعتبر أن يكون المأخوذ فى نفسه نصابا كاملا سواء أخذه الواحد أو الجماعة وهكذا مذهبنا فى السرقة الصغرى وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة فى موضع كان المستحق بأخذها عضوا واحدا وهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان فى السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكنا نقول يغلظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ فى النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء (قوله كى لا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم يقطع رجله اليمنى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه (قوله وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يقتل أو يصلب) وفى عامة الروايات قول أبى يوسف مثل قول محمد رحمهما الله (قوله لانه جناية واحدة) وهى قطع المارة عن الطريق (قوله كحد السرقة والرجم) يعنى أن السارق اذا زنى وهو

فى السرقة الا فى عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ فى النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله (كى لا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجله اليسرى وقوله (فالامام بالخيار) حاصله أن الامام بالخيار فى جمع العقوبتين بين قطع الايدى والارجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الايدى والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدى والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام فى موضعين وهذا قول أبى حنيفة وذكر فى الكتاب قول أبى يوسف معه (وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر فى عامة الروايات قول أبى يوسف معه (لانه) أى قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس دخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم) فان

السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتى على ذلك كله قوله (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهو ظاهر الرواية

قال المصنف (ويقتلون حدا) أقول وفى فتاوى قاضيخان أنهم يقتلون قصاصا فبينهما ما لا يخفى من المخالفة قال المصنف (والرابعة اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار) أقول فيه أن هذا التخيير مناف لما ذكره آنفا أن المراد التوزيع على الاحوال فليتأمل فى التوفيق

أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يترك لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال (ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى أن يموت) ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة ووجه الاول وهو الاصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة

اعتبار أبي يوسف مع أبي حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية في تفويت الامن (حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق ألا يرى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع أدى الى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل الا أن ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وماذكر من دخول مادون النفس في النفس هو ما اذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس أما اذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من اقامته فهي أجزاء حد واحد غير أنه ان بدأ بالجزء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر وان بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه أو ما اذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف انه (يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى أن يموت ومثله عن الكرخي) وجه قوله وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت الا أن يقال النص دل على ذلك فانه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ (وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة) فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يكافئ وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح والثاني هو المعتاد بينهم لان عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنا مثلة فالصلب ليس غيره وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير بعدها فيتأذى به الناس وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بقدر متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيره كما في مدة الخيار (قوله

محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله (قوله والتداخل في الحدود لا في حد واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل هذا فاسد لان للامام أن يقتله ويدع القطع وعلى هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات قلنا ولاية ترك القطع لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجزاء حد واحد فكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته كذا في المبسوط

(والتداخل في الحدود لا في حد واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات أجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في أجزاء حد واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع قوله (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله (توقيا عن المثلة) لانها منهي عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله (بما ذكرنا) أي بالصلب ثلاثة أيام قال

(قوله أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول فيه بحث كان المراد مثل ما قال القدوري

(واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فى مال أخذه كالوسرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله (انحازوا اليهم) أى انضموا وقوله (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الامام التمرتاشى حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكرها فى الاجمال بل قال هى أربعة لان مراد المصنف الاحوال التى تدل عليها الاجزية المذكورة فى النص حدا وهى أربعة كما ذكره وقوله (سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن مادون النفس يجرى مجرى الاموال فكان سقوط العصمة فى حق المال سقوط العصمة فى حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم يسقط لصارت شبهة فى وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهى قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله (فان شاء الاولياء قتلوه) يعنى قصاصا وقوله (للاستثناء المذكور فى النص) يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم الآية واعترض بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا قيل هو استثناء من قوله ولهم فى الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين وأجيب بان قوله وأولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه فى التقرير بخلاف قوله ولهم فى الآخرة عذاب عظيم واعترض أيضا بان التوبة متوقفة على أداء المال أولا فان كان الثانى لا يستقيم التعليل بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثانى داخلا فى الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح أن يكون الشئ الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد وأجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهى الاقلاع فى الحال والاجتناب فى المآل والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود اليه أبدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وذهب بعضهم الى أن الحد لا يسقط مالم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف جمع بين قولى المشايخ من هذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام فى مبسوطه

قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهى تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زلت أقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لا حد فى هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولى (وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد فى هذه الجناية لا يقام بعد التوبة

واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) لما بينا فى السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وان باشر القتل أحدهم) أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا (لان القتل جزاء المحاربة) التى فيها القتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا انهزموا انحاز واليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعى قلنا انه حكم تعلق بالمحاربة فيستوى فيه المباشرة والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر فى قتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعى المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فما كان من جراحة يجرى فيها القصاص (اقتص وما كان لا يجرى فيه ذلك لزمه الارش) ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص فى الجنايات ان شاء الله رب العالمين وهذا (لانه لا حد فى هذه الجناية) من قطع أو قتل (فظهر حق العبد فيستوفيه الولى وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله) من خلاف (وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس) أى ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان (قوله وان أخذ بعد ما تاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص قال تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فان كان قد قتل (فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان هذا القتل قصاص

(قوله وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) وكذلك ان أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا عمدا ولكن ما أخذوا من الاموال شئ تافه أو لا يصيب كل واحد منهم نصاب فالامر فى القصاص فى النفس وغيرها الى الاولياء فان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذه المسئلة وقال يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيأ من المال قتلهم الامام حدا لا قصاصا وهذا لان ما

قال المصنف (وانما الشرط القتل من واحد منهم) أقول لعل فيه تسامحا والمراد ظاهر أى من واحد منهم لا اقل (قوله لان موجب الارش) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وان كان الاول الخ) أقول لنا أن نختار الاول ونمنع قوله كون الوجه الثانى داخلا الخ فان الداخل فيه هى المقدمة الاولى فقط فان تقرير الوجه الثانى أن التوبة تكون برد المال واذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره على أن توقفها عليه

للاستثناء المذكور فى النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله فظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولى القصاص أو يعفو ويجب الضمان اذا هلك فى يده أو استهلكه

فصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند أبى حنيفة وكذا اذا كان أخذ مالا ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا و يأخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد فى ماله كما فى النفس) وفى المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره فى الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود ولا تسقط بالتوبة وقيل يسقط أشار اليه محمد فى الاصل لان التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء فى النص فلا يصح قياسها على باقى الحدود مع معارضة النص وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك وأحمد فى رواية والشافعى فى قول وعنهما تسقط لقوله تعالى واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة انما كان ذلك فى أول الامر واذا عرف هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع فى مثله شبه التناقض لانها اذا توقفت على رد المال فاخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل أجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة فى سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقى أو استهلكه ومثل مالو أخذوا بعد التوبة فى سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفى المال مالو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فان الامر فى القتل والجرح الى الاولياء ان شاؤا قتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيأ من المال قتلهم حدا لا قصاصا وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال فلا يسقط الحد والاصح ماذكر فى الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس

دون النصاب لما لم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه أولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال وما تتغلظ به الجناية لا يكون مسقطا ولكن ما قلناه أصح وهو المذكور فى الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر أنهم يقصدون بقطع الطريق أخذ المال وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من أخذ المال واذا لم يأخذوا عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فاوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم فاما اذا أخذوا الاموال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من أخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب كذا فى المبسوط وعد هذه المسئلة من أعجب المسائل وأمر بحفظها وكونها أعجب من حيث أن ازدياد الجناية باخذ ما دون النصاب مع القتل أورث فى حقه خفة فى فعله حيث جعل للعفو مجالا بخلاف ما لو لم يأخذ شيأ وقيل ليس للعفو فيه مجال بل يقتل حدا (قوله للاستثناء المذكور) فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة كما فى آية القذف فما وجه الفرق قلنا لان قوله أولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء بل هى حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء على هذه الجملة وهنا العذاب العظيم فى الآخرة جزاء فعله كالذى تقدم فالتحق الاستثناء بالكل (قوله ولان التوبة تتوقف على رد المال) ليقطع به خصومة رب المال فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال فى ماله وقد انقطعت خصومته لوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد (قوله ويجب الضمان اذا هلك فى يده أو استهلكه) فان قيل ان التوبة لما توقفت على رد المال فكيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك فى يده وأنه يوجب الحد قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض أو هلك فى يده حيث تصح توبته

وقوله (ولا قطع فى مثله) أى فى مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهى شرط لوجوب القطع وقوله (فظهر حق العبد) يعنى لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (ظهر حق العبد فى النفس والمال حتى يستوفى الولى القصاص أو يعفو) وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفى ولى القصاص

نفس الامر أمر وملاحظته أمر آخر ولا يستلزم الاول الثانى وهذا كلام اجمالى والعاقل يكفيه الاشارة

(وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

الا المال فيقتص منهم ان شاء الولي وتجري فيه أحكام القصاص (قوله وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف (فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء) الاخذ والقتل (يحد الباقون) وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) ان ولي المجنون أو الصبي اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا لا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين (لابي يوسف أن المباشر أصل والردء تابع فني مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الاصل) فيحد الباقون (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الاصل فان السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون (ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين لان (فعل الباقين) حينئذ (بعض العلة و) ببعض العلة (لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد) اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد (وأما ذو الرحم المحرم فقيل تأويله) أي تأويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم) وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم

ويجب الضمان وفي معاني الاخبار للكلاباذي رحمه الله أن من أخذ مال الغير لغرض وأتلف البعض ثم ندم على ذلك الصنع ورد ما بقي على عزم تدارك ما فات يكون تائبا وذكر في الاصل أن رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة في درء الحد فظهر حق العبد في العفو والتضمين (قوله لو باشر العقلاء يحد الباقون) أي الباقون من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء البالغين (قوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) أي اذا باشر الصبي والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا في الاصل وهو المباشر (قوله فصار كالخاطئ مع العامد) أي اذا اشتركا في القتل فانه لا يجب القود (قوله فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم) قال أبو بكر الرازي رحمه الله المسألة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع

واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد الى المالك وأجيب بانا نفرض المسألة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك في يده بحيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا انما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك فاما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالخاطئ) مع العامد يعني اذا رمى بسهم الى انسان عمدا ورماه آخر خطا وأصابه السهمان معلومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطئ شبهة في حق العامد وقوله (فقد قيل تأويله) ذهب أبو بكر الرازي الى أن المسألة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

(قوله واعترض بان وجوب الضمان الخ) أقول المعترض هو الكاكي والاتقاني (قوله وأجيب بانا نفرض المسألة الخ) أقول المجيب هو الكاكي والاتقاني (قال المصنف قول أبي حنيفة وزفر) أي قولهما قولا واحدا فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف (لو باشر العقلاء) أقول أطلق العقلاء ليدل على الكمال فالمراد العقلاء البالغون

وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين وأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجرى عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هنالك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والاصح انه مطلق) أي ليس بمقيد بكون المال مشتركا (لان الجناية واحدة على ماذكرناه) لابي حنيفة وزفر (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله (بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضا وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة (وهو) أي الخلل (يخص المستأمن) فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر وعشرة دراهم وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز

(ومن

والاصح أنه مطلق لان الجناية واحدة على ماذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ماذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة

فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والاصح أنه يجرى على الاطلاق) وأنهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطرق كشئ واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهي قطع الطريق (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذى الرحم المحرم (قوله بخلاف ما اذا كان فيهم) أي في المقطوع عليهم وهو القافلة (مستامن) جواب عن مقدر هو أن القطع على المستامن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستامن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بان (الامتناع في حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه أما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا) ويجرى الحال في المال على ماذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمنون أموال المستامنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله تعالى أعلم (قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال ان أخذه وهو قائم وضمانه ان هلك أو استهلكه

الطريق ذو رحم محرم من أحدهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم فيصير شبهة في نصيب الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبي والصحيح أنه يجرى على اطلاقه لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشئ واحد لانهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فهو كتمكن الشبهة في جميعه (قوله على ماذكرناه) اشارة الى قوله أنه جناية واحدة قامت بالكل (قوله فيهم) أي في المقطوع عليهم (قوله لخلل في العصمة) وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستامن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على السارق لوجود تمام السرقة وهو أخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة في حق المستامن لا يخل بالسرقة لانه يختص به فكذا هنا (قوله أما ههنا الامتناع لخلل في الحرز) كدار يسكنها أخو السارق وأجنبي فسرق مال الاجنبي لا يقطع لما أن الخلل في الحرز فكذا هنا (قوله

(قوله ذي الرحم المحرم من أحدهم) أقول ذي رحم من أحد السراق قال المصنف (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول الاولى كبيت واحد لانه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق

(ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن أبي يوسف أنه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقرب به لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر و يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق و يؤدبون و يحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي

(قوله ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة) وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احداهما بالاخرى (فليس بقاطع الطريق استحسانا) وكذا بين القريتين وحد بعضهم امكان القطع أن يكون في قرية بينها و بين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعي) فان في وجيزهم من أخذ في البلد مالا مغالبة فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث) لانه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة أميال من العمران وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي يوسف في رواية أخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع وان كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر (لان السلاح لا يلبث) فيتحقق القطع قبل الغوث (والغوث يبطئ بالليالي) فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول أبي يوسف قال المصنف (ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط باسم قطع الطريق وانما هو اسم بين الناس وانما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاهرا وهو ما علل به الظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص وأحكامه وان أخذوا مالا ضمنوه اذا أتلفوه وعلى تقدير أنهم قطاع ان اقتلوا قتلوا حدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله (لما بينا) أي من قوله الظهور حق العبد عند اندفاع الحد (قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي

لان الظاهر لحوق الغوث) أي من الامام والناس فلا يمنع التطرق فلا يتحقق القطع ولان السبب محاربة لله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا بالله تعالى فاما في المصر وفيما بين القرى فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليهما فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال بعض المتأخرين ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطاع الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا يندر بين الحيرة والكوفة لاتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر فاما الآن فقد صار كالبرية وترك عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى وعن أبي يوسف رحمه الله في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا بحجر أو بخشب نهارا لا وان كان ليلا حدوا لان السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث وأما الخشب والحجر فيلبث فيدركه الغوث وقيل الغوث بالليالي فالامران فيها على التساوي (قوله لما بينا) اشارة الى قوله قبله لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد (قوله ومن خنق) بالتخفيف والله تعالى أعلم بالصواب

وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر وقوله (ولا يتحقق ذلك في المصر و يقرب منه) قدر البعد بين المصر بن و بين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله (ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي

حنيفة) وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى أعلم

حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فان خنق غير مرة قتل) الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم صار يعتمده (ولانه صار ساعيا بالارض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) *(فروع)* نص في الاصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما أما العبد فظاهر وأما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخي أن حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي ألا يرى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوي بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف اذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه أعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوبا الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مضادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات وعلله بان المرأة اذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وانما قتلن بقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان أقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الاقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أو لا يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بحضر من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الاسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر أو لعدم الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل اليهم أو لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لا شيء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه الطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا أن يكون القاتل

(كتاب السير)

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه الصلاة والسلام في مغازيه

ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شئ لظهور أنه استوفى حق نفسه ولو أن لصوصا أخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا في طلبهم ان كان أرباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على أرباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شئ عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فروا منهم الى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لا لاجل مالهم وكذا لو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد ألقى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

(كتاب السير)

أورد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكتاب وهو اخلاء العالم من الفساد وبكون كل منهما حسنا لحسن لغيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى يتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وجب تاخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو أعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين أولى ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المامور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو أيضا أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدر اسماعيا لغزا دالا على الوحدة والقياسي غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وادخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقربا بذلك اليه سبحانه وتعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله أي الاعمال أفضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم أي قال بر الوالدين قلت ثم أي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الايمان في حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي العمل أفضل قال ايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما بحمل كل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه أفضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر ولان المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا لا يتردد في أن المواظبة على

(كتاب السير)

السير هي جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه وفي

(كتاب السير)

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتادى بفعل المامور به الا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالبا أو على الخصوص في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعلة من السير (وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه) قال في المغرب أصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة

(كتاب السير)

(قوله وذلك الغير يتادى بفعل المامور به) أقول احتراز عن مثل الوضوء فان ذلك الغير فيه لا يتادى بفعل المامور به بل يفتقر الى اتيان به على حدة وهو الصلاة وتفصيله في كتب الاصول في باب الامر (قوله الا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول أي بلا ايراد شئ أجنبي بينهما فلا يرد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لان الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداه غير محتاج اليه

أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بما في أوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد
ولأن هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولأن افتراض الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة
فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة
والسلام في حديث معاذ وفيه طول إلى أن قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل
يبتغى به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي وإذا لا شك في هذا عندنا وجب
أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان في حديث أبي هريرة ويكون من عموم المجاز أو يرجح
بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الأحاديث السابقة والحق أنه ليس فيه معارضة
لأنه لم يذكر الصلاة فيه أصلا فإنما فيه أنه جعل الجهاد بعد الإيمان وهو يصدق إذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد
الإيمان فلا معارضة إلا إذا نظرنا إلى المقصود ومن الأحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة
رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن أبي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال
لا تستطيعونه فأعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل
الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن
أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده فإن
شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الإقامة في مكان
يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والأحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان
رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وإن
مات فيه أجري عليه عمله الذي كان يعمل وأجري عليه رزقه وأمن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني ويبعث يوم
القيامة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع من مات مرابطا أمن من الفزع الأكبر
ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة وبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع وعن أبي أمامة عنه عليه
الصلاة والسلام قال إن صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة
دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فإنه لا يتحقق في كل مكان ففي
النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراءه إسلام لأن ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون
وقال بعضهم إذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا إلى أربعين سنة وإذا أغار مرتين
يكون رباطا إلى مائة وعشرين سنة وإذا أغار ثلاث مرات يكون رباطا إلى يوم القيامة قال في الفتاوى
الكبرى والمختار هو الأول واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراءه المسلمين ذكر في حديث عن
معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا
لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه إلا تحلة القسم فإن الله يقول وإن منكم إلا واردها رواه أبو يعلى وفيه لين
محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى
الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال تعس
عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة إن أعطي رضي وإن لم يعط سخط تعس
وانتكس وإذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه إن كان في
الحراسة كان في الحراسة وإن كان في الساقة كان في الساقة إن استأذن لم يؤذن له وإن شفع لم يشفع (قوله

المنشور والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وقد يراد به السير الذي هو قطع الطريق وقد يراد به السنة في
المعاملات يقال سار أبو بكر رضي الله عنه بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسميت المغازي سيرا لأن أول
أمورها السير إلى العدو وأن المراد بها سير الإمام ومعاملاته مع الغزاة والأنصار ومع العداة والكفار وذكر في
المغرب أصل السيرة حالة السير إلا أنها غلبت في لسان صاحب الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك

قال (الجهاد فرض على الكفاية) قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حرباً علينا وهو فرض كفاية (اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) وهو دليل قطعي فيفيد

قال المصنف (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أي فرض لاجل كفاية مهم دينى على أن يكون على للتعليل كما فى قوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم أي لهدايته اياكم ويجوز أن يكون للمصاحبة كما فى قوله تعالى وآتى المال على حبه ويجوز أن يكون المضاف مقدراً وعلى للاستعلاء أي على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أي على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية والا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار وفى المحيط البرهانى والذخيرة قال أبو حنيفة الجهاد واجب على المسلمين الا أن المسلمين فى سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج اليهم واختلف عبارة المشايخ فى ذلك قال بعضهم الجهاد واجب على المسلمين فاذا جاء النفير فهو فريضة وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب والفرق بينهما ظاهر نظراً الى الاحكام حتى ان الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر وبعضهم قال الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير فرض عين ومنه سمى الغزاة مطوعة أي متطوعة قال الله تعالى الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين أراد المتطوعين وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين وانما عرفت فرضيته بالكتاب قال الله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم انتهى ونحن نقول هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعي الذى يكفر جاحده فان قيل فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسى فى المحيط الجهاد فريضة محكمة وفضيلة محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها وكذا قال صاحب الاختيار الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة واجماع الامة قلنا انما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولاً قال فى معراج الدراية وأجمعت الامة على فرضية الجهاد وفى الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والسنة والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك قوله وهو أي الجهاد فرض على الكفاية وبه قال أكثر أهل العلم الا ابن المسيب فانه قال فرض عين للعمومات فى النصوص وحكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجباً وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما فى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية انتهى فان قيل قوله وأجمعت الامة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعد من أنه حكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجباً قلنا قوله حكى يدل على أنهما قولا آخر وأظهر القولين منهما هو القول بالوجوب ويؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بان مرادهم الفرضية على الكفاية نعم لا يلائم ذلك التأويل قوله وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما فى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية فليتأمل (قوله قيل الجهاد هو الدعاء) أقول القائل صاحب النهاية نقلاً عن التحفة وهو التعريف الجهاد الشرعى (قوله الى الدين) أقول أي الى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول الواو ههنا بمعنى أو قال المصنف (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين)

قال (الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط على الباقين) أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين

الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والتخصيص المعتبر عند أهل الاصول قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظى مقارن للمعنى وبهذه ينتفى ما نقل عن الثورى وغيره أنه ليس بفرض وأن الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية ونقل عن ابن عمر ويجب حمله ان صح على أنه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهى عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظنى الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنياً وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما ولم يكن من قبيل المخصوص وذلك أن النص مقرون بما يقيده بغيرهم وهو من بحيث يحارب لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف فى السير فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين

على أمور الحج وقالوا السير الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذى هو الكتاب كقولهم

الفرضية (ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة) أى نافذ من مضى فى الارض مضيا اذ نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد أجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تايد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا و بالاجماع وفيه نظر لانا لانسلم انه اذا تايد بالقطعى أفاد الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعى لا بخبر الواحد ويمكن أن يقال الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (وأما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا فى نفسه) بتخريب البلاد وافناء العباد لكن (لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) والمراد بالكراع الخيل

أقول فان قيل انه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لا يصلح دليل الفرضية وانما قلنا انه خص منه البعض فانه قد خص من قوله تعالى اقتلوا الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والاعمى والمقعد وخص من المشركين أيضا المستامن والذمى قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الامر فبالعقل كما صرح به فى كتب (١٩٠) الاصول فلا يقدح فى قطعية النص وأما تخصيص البواقى فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ

ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد فى نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (فان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لان الوجوب على الكل

بالحديث الصحيح وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة لحديث النهى عن قتل النساء حين رأى المقتولة ما كانت هذه تقاتل وأما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان خبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضى الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثنى الله الى أن يقاتل آخر أمتى الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد بن أبى شيبة من بنى سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله أعلم قال المنذرى هو فى معنى المجهول ولا شك أن اجماع الامة أن الجهاد ماض الى يوم القيامة لم ينسخ فلا يتصور نسخه بعد النبى صلى الله عليه وسلم وأنه لا قائل أن بقتال آخر الامة الدجال ينتهى وجوب الجهاد وأما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله (فاذا حصل ذلك بالبعض سقط) هو لحصول ما هو المقصود منه (كصلاة الجنازة) المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى أنه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة اذ مثلها

صلى الظهر ٧ والسير الكبيرة خطا لجامع الصغير وجامع الكبير (قوله وان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لانه انما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس وانما شرط فى ذلك من كان فيه غنى ودفاع لان من لا ينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف

وأيضا لانسلم انه قد خص المستامن والذمى ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا فى قوله وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم فتامل على أنه لا يبعد أن يكون المصنف منخرطا فى سلك العلماء القائلين بان تخصيص العموم لا يضر فى كون العام قطعيا فى الباقى وما ذكرنا هو المخلص عما أورد على الشارح الاكمل حيث قال وهو دليل قطعى قال المصنف (ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا) أقول الفرضية مستفادة من قوله ماض أى نافذ والنفاذ انما هو فى الفرض من بين الاحكام فان فى الندب والاباحة لا يجب الامتثال والبقاء

قطع

من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض من مضى الامر نفذ فليتامل وفى الايضاح خبر الواحد اذا تايد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك كذا فى معراج الدراية وقال السرخسى أيضا فى محيطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثنى الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتى الدجال وأراد بقوله ماض أى فرض واجب اه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المضى بمعنى الذهاب وفى الصحاح مضى الشئ مضيا ذهب أى ذاهب باق الى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال قلنا الذهاب فى تفسير المضى كما وقع فى الصحاح بمعنى النفاذ كما لا يخفى قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقرير الدليل ان الجهاد مفروض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل بالنفير العام فانه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود الا بقيام الكل يشير الى ذلك قوله وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فليتامل (قوله كصلاة الجنازة ورد السلام) أقول فانهما فى نفسهما ما ليس لهما حسن يدل عليه انهما بدون الميت والمسلم عبث بل حسنهما لمعنى فى غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحى كذا ذكره القاضى الامام أبو زيد (قال المصنف أثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل) أقول لا ينبغى أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الارض كافة حتى

وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أى ركبانا ومشاة أو شبانا وشيوخا أو مهازيل وسمانا أو صحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تقييده بالنفير العام وأجيب بانه رفع الحرج

يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم اذ لا يندفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين وان قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار وهذا مما سنح به الخاطر الفاتر بعون الله الملك القادر ثم أقول فى قوله أثم جميع الناس لان الوجوب على الكل بحث لان من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثما على تقدير الترك أيضا على ما بين فى الاصول (قال المصنف لان فى اشتغال الكل الخ) أقول ان قيل الامر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل فى كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ولم لا يجوز أن يجب فى العمر مرة قلنا سبب الجهاد كون الكفار حربا علينا وهو متعدد فيتعدد الوجوب ثم فى هذا المقام قصة عجيبة وهى أن ابراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا فى حضرته فحضر أكثر الموالى وكان البحث عن أول كتاب الجهاد واعترض محمد بن بيرى باشا على قوله وهو دليل قطعى الخ بان يقال هذا مخالف لما سيجىء من الشارح نفسه من (١٩١) أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمى والمستامن فجاز أن يخص منه الاسير قياسا وأجاب عنه الحافظ العجمى المشهور بانه يجوز أن يكون بالنسبة الى الفاعل قطعيا وبالنسبة الى المفعول ظنيا لما دخله التخصيص فالخم القائل بذلك الكلام لكنه مردود فان المامور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا يكفر جاحده وواجبا لا يكفر عانده وذا لا يقول به الا المعتوه بل المعلوم من قواعد الاصول أن العام اذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا أو مفعولا لا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعيا فلا يثبت به الفرضية (قوله فان قيل الى قوله بخبر الواحد) أقول تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به فى كتب الاصول وأمثلته أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بان الخ) أقول المجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالاجماع) أقول فيه بحث فان من أصحابنا من قال انه مندوب ومنهم من قال انه واجب غير فرض صرح به فى المحيط والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على ارادة الفرضية وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لا يدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الاخر فان قيل النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ذلك أيضا لا يدل على تعين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تاملا لجواز أن يكون من قبيل الاخبار عن الغيب ثم المراد من قول المصنف اما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تامل ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض فانه من مضى الامر اذا نفذ والنافذ من بين الاحكام هو الفرض الذى لا مرد له والبقاء يستفاد من كلمة الى فانها تتعلق بمضى الامتداد كما ذكرنا (قوله فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيهما ما يدل على ذلك الخ) أقول لا نسلم ذلك فان نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ كما فى السارق والسارقة الآية والزانية والزانى الآية قال المصنف (الا أن يكون النفير عاما) أقول أى الخروج الى الحرب من نفر القوم فى الامر أو الى السفر نفرا ونفيرا أى خرجوا (قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة

ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا أن يكون النفير عاما) فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية

يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجرا عظيما ولانه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والاقوات فيؤدى ايجابه على الكل الى تركه للعجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم فى كونه فرض عين أن يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففى مرة طائفة وفى مرة طائفة أخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه فى ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا (اذا لم يكن النفير عاما فان كان) بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الاعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية أو تكاسلوا أو عصوا وهكذا الى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكأن معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل

لا يتأتى مع العجز كما فى سائر العبادات كذا فى الايضاح (قوله فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية) قيل خفافا فى النفير لنشاطكم وثقالا عنه لمشقته عليكم وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه

ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد لوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج وقوله (فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد بالاول قوله رحمه الله الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان في مجموع المستثنى والمستثنى منه اشار الى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام

وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل

شبانا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل أغنياء وفقراء وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه أي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال بخصالها لانه لم يعذر أحدا فافاد العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة وأما العينية في النفير العام فبالاجماع لانه من اغاثة الملهوف والمظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم) قال (فاول هذا الكلام) يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه (اشارة الى أن الوجوب على الكفاية) فانه لا يمكن أن يراد ترك الكل والا لم يكن واجبا فهو ترك البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم (يفيد العينية) اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا أن يحتاج فلا يسع ولا بد من

وقيل ركبانا ومشاة وقيل مهازيل وسمانا وقيل عزابا ومتاهلين وقيل شبانا وشيوخا وقيل مشاغيل وغير مشاغيل وقيل أغنياء وفقراء وقيل خفافا الى المنازل وثقالا في المصابرة فان قيل هذه الآية باطلاقها تدل على أن يكون الجهاد من فروض الاعيان في جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فما وجه التخصيص بالنفير العام مع أن العبرة لعموم اللفظ قلنا عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية أخرى والسنة وشئ من المعقول أما الآية فهي قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى الله تعالى وعد للقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون اللائمة دون الحسنى وأما السنة فقد صح أن النبي عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل أهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع أحدا منهم وأما المعقول فهو ما ذكر في الكتاب أن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد (قوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد باول الكلام الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان بمجموعه اشارة الى الوجوب وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى انتهاء حكم السعة وذكر في الذخيرة فاذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتج اليهم أما اذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو أو لم يعجزوا عن المقاومة الا أنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فانه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلاة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج ونظيره الصلاة

(قوله ولان النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول فيه بحث فان تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضا مجاهدون لكنهم ليسوا سواء في الحسنى للذين خرجوا فان أفضل الاعمال أحزها والجواب أن النفر هو الخروج فتامل قال المصنف (فيفترض) أقول أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال الى الكمال في الفرضية وهو ما لا يسقط بفعل البعض (قوله ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون الى آخر الآية الشريفة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النساء وفيه بحث فان هذا مبتنى على ان يكون قوله تعالى لا يستوى الآية متأخرا من حيث النزول عن قوله تعالى انفروا الآية فان المتقدم لا يخصص المتأخر وهو ممنوع كيف وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت وأيضا الا نسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك الى قوله تعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من الاعراب أن يتخلفوا عن رسول الله وأما القول بان تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من الاعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء في الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا لانه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يندفع به تلك الضرورة مع انه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفرض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار الآية يدل أن الجهاد فرض على كل من يلي الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر بل كما أشرنا اليه

فيفترض

قال (وقتال الكفار) الذين امتنعوا عن الاسلام وأداء الجزية (واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال أجيب بانه منسوخ وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله فاصفح الصفح الجميل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الآية قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية وقوله (ولا يجب الجهاد على صبي) ظاهر

فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب) وان لم يبدؤا للعمومات (ولا يجب الجهاد على صبي) لان الصبا مظنة المرحمة

لا استطاعة فيخرج المريض المدنف وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا ونفر القوم نفرا ونفيرا اذا خرجوا (قوله وقتال الكفار) الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وان لم يبدؤنا) لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله (للعمومات) لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا للعطاء ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب أن نبدأهم بادنى تامل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى آخر المحرم أو الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك أنه كثر في الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ) الوجه الظاهر

على الميت فان من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا باسبابه وليس على كل من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك وان كان الذي يبعد من الميت يعلم أن أهل المحلة يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه كذا ههنا ثم يستوي أن يكون المستنفر عدلا أو فاسقا يقبل خبره في ذلك (قوله وقتال الكفار واجب) أي الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام وعن أداء الجزية وان لم يبدؤا وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدؤا اعلم أن رسول الله عليه السلام كان مامورا في الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال الله تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن قال الله تعالى أدع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداءة منهم فقال أذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا أي

(قوله فان قيل الى قوله أجيب الخ) أقول هذه الآية في سورة البقرة وفيه بحث أما في السؤال فانه لاعبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات وعند القائلين به لا تعارض للمنطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه وأيضا المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام فان نظم الآية الكريمة هكذا ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم وأما في الجواب فلان ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه في التوضيح ويقال شاهدا على ذلك ان النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراخيا عن دليل شرعي مقتضيا خلاف حكمه والمفهوم ليس بدليل شرعي فليتامل فانه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة (قوله بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك الآية) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول مخالف لقوله فيما سبق فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الامة وليس فيها ما يدل على بقائها الى يوم القيامة بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتامل والاوجه أن يقال مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه و بقائه الى يوم القيامة دواما لا يعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك أي على سد باب النسخ فتامل (قوله فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الانفال (قوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قال المصنف (ولا يجب الجهاد على صبي) اقول قال الاتقاني اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة ابويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم الا ان يقال مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له ابوان فالمعنى انه مرفوع القلم ان كان غير بالغ وان كان بالغ فطاعة ابويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتامل

(ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج (ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء) لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين

أن يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج) باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما واطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا الحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تظهر في حق فروض الاعيان نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد وأحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيح آنفا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما أبكيتهما وفيه عن الخدري أن رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبواي قال أذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان أذنا لك فجاهد والا فبرهما وأما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب (قوله ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد (ما دام للمسلمين فيء) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة (لانه لا ضرورة اليه ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين) وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الاجرة وحقيقة أخذ الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه وهو يوجبها على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لانه مأمور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدروا على الجهاز فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام وأما اذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره أن يكلف

اذن لهم في الدفع وقال الله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال الله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان قال الله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة (قوله ويكره الجعل) أراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد

وقوله (ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء) أراد بالجعل ما يضرب به الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد (لانه يشبه الاجرة) وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها

قال المصنف (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول فيه أن الدليل قاصر بمن له زوج والظاهر أن المدعى عام فليتأمل قال المصنف (ويكره الجعل الخ) أقول قال الاتقاني يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى وصوابه من الفيء لان مال الغنيمة الموجود في بيت المال يصرف الى المقاتلة قال الامام التمرتاشي يكره للامام ضرب الجعل على الناس للغزاة ما دام لهم فيء لان فيه شبهة الاجر وان لم يكن فلا بأس بذلك لانه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان من غير طيبة نفسه وللامام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة يرد ان كان قائما والا فقيمته الا اذا صار في بيت المال والاولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لانه لصالح المسلمين انتهى (قوله على الناس بما يتقوى به الخ) أقول أي حاكما بما يتقوى أو مكلفا بما يتقوى

قال (فاذالم يكن فلا باس بان يقوى بعضهم بعضا) لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزى الاعزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد

(باب كيفية القتال)

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام

الامام الناس ذلك على نسبة عدل (لان به دفع الضرر الاعلى) وهو تعدى شر الكفار الى المسلمين (بالحاق الضرر (الادنى) واستانس المصنف لهذا بانه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعا من صفوان) بن أمية (وبان عمر كان يغزى الاعزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلاشك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدراعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق أربعمائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فارسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصبا قال لابل عارية مضمونة فبعثها ثم استحمله اياها فحملها على مائتى بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الاسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالالتزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل الى الجهاد اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما ما عن عمر فظاهر فيه لان معنى يغزيه عنه ليس الا أنه يأخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطى الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزى عن ذى الحليلة وليس فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال كان عمر يغزى العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

(باب كيفية القتال)

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان اقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه (دعوهم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الاجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله

(قوله فلا باس بان يقوى بعضهم بعضا) لانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان وأحوال الناس في الجهاد تتفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغنى بماله الفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا والله تعالى أعلم بالصواب

(باب كيفية القتال)

(قوله فحاصروا مدينة أو حصنا) حاصروا العدو محاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه وأحاطوا به مدن الرجل بالمكان أقام ومنه سمى المدينة حصنا والحصن بالكسر كل مكان محمى محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة

وقوله (يغزى الاعزب) يقال أغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لازوج له وجاء في الحديث وهو شاب أعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد والله أعلم

(باب كيفية القتال)

لما كان الامر الاول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمى محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم الى الاسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال

(باب كيفية القتال)

قال المصنف (دعوهم الى الاسلام) هذا في حق من لم تبلغه الرسالة والا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضا في مبسوط الامام السرخسي ولا استدراك كما لا يخفى على المتامل في مساق الكلام فان الغرض ههنا بيان أنهم اذا دخلوا دار الحرب دعوهم الى الاسلام فان قبلوه كفوا عن قتالهم والا دعوهم الى الجزية فان بذلوها كفوا أيضا ولا يقاتلونهم ولم يعلم منه ان ذلك بطريق الادب أو الندب أو الوجوب فبينانه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل

ماقاتل قوماحتى دعاهم الى الاسلام قال (فان أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ولانه أحد ماينتهى به القتال على ما نطق به النص وهذا فى حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة فى دعائهم الى قبول الجزية

قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث أو خلال فايتهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فان أبوا أن يتحولوا منها فاخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الفىء والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فاسألهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت أهل حصن فارادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فانكم ان تخفروا ذممكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت أهل حصن فارادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدرى أصبت حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفى الاحاديث فى ذلك كثرة وفى نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون انما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبى عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور فى الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن ابن أبى نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ماقاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رواه الحاكم وصححه ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا ولكن لا غرامة بما أتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الاسلام وفى المحيط بلوغ الدعوة حقيقة أو حكما بان استفاض شرقا وغربا أنهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك أن فى بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب أما عدم الوجوب فلما فى الصحيحين عن ابن عوف كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك أول الاسلام قد أغار رسول الله صلى الله عليه السلام على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث حدثنى به عبد الله بن عمر وكان فى ذلك الجيش وروى أبو داود وغيره عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال أغر على أبنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وأبنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلان التكرار قد يجدى المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن فى ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد اذ حقيقته يتعذر الوقوف عليها فان أجاب المدعو أو غيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الاجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولانه أحد ماينتهى به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركى العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام

أكبر من الحصن (قوله على ما نطق به النص) وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى أن قال حتى يعطوا الجزية

وقوله (كفوا عن قتالهم) أى امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله (على ما نطق به النص) يريد قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا فى حق من تقبل منه الجزية) ظاهر

قال المصنف (حتى يقولوا لا اله الا الله) أقول فان قيل لا يكفى قولهم لا اله الا الله بل لا بد من ذكر محمد رسول الله قلنا الجزء الاول صار علما للمجموع كما يقال قرأت قل هو الله أحد صرح به الكرماني فى شرح البخارى

(قوله فنكفى) بالنون على بناء المفعول (مؤنة القتال) بنصب مؤنة على المفعول

لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون (فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراء الاجناد فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى أن قال فان أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام أحرق البويرة قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

أو السيف على ما بيناه (فان بذلوها) أي قبلوها (وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن) بالاجماع وقد قال علي انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني أنبأنا قيس بن الربيع الاسدي عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني أبا الجنوب (قوله فان أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم) وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك (فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف) على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هرون ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد أربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي (وحرقهم لانه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطع وهي البويرة يعني أن البويرة اسم لنخل بني النضير ولها يقول حسان بن ثابت

وهان على سراة بني لؤي * حريق بالبويرة مستطير

ولان المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع

(قوله والمراد بالبذل القبول) بطريق اطلاق اسم المسبب على السبب اذ القبول سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كما في قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة أي قبلوا (قوله وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن) أراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (قوله فنكفى مؤنة القتال) بالنون على بناء المفعول (قوله للنهي) وهو ما روي أنه عليه السلام قال لعلي رضي الله تعالى عنه ولا تقاتل قوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهدي الله تعالى أحدا على يديك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت (قوله ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين) أي عند الشافعي رحمه الله أو الاحراز بالدار أي عندنا وقال الشافعي رحمه الله

الثاني (قوله للنهي) اشارة الى ما روى أنه صلى الله عليه وسلم بعث عليا في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله (لعدم العاصم) أي الموجب للغرامة (وهو الدين) على مذهب الشافعي (أو الاحراز بالدار) على مذهبنا وقوله (مبالغة في الانذار) لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله (أغار على بني المصطلق) أي أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أي غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لان فيها استر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع في العدو وقوله (البويرة) على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان

قال المصنف (والمراد بالبذل القبول) أقول بطريق اسم السبب على المسبب قال المصنف (أثم للنهي) أقول يحتمل أن يكون بناء على أن الامر بالشيء نهي عن ضده فتامل قال المصنف (وعهد الى أسامة أن يغير على أبنى صباحا) أقول أبنى بالضم والقصر اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب اذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام الى بلاد الشام في حياته

وقوله (وان كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) رد لما قاله الحسن بن زياد انه اذا علم أن فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا يرى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام) أي مجتمعه للشبه المعنوي بينهما وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد (وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص) واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم أسير أو تاجر (فلو امتنع) عن الرمي (باعتباره لانسد بابه) أي باب الجهاد وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة (يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة) لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطا بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لان الفرض مامور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل أجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلناه وفيه نظر لان اقتران شرط وهو ممنوع وأقول قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام معناه في دار الاسلام وما نحن فيه ليس بدار الاسلام

(ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين أو بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (ويقصدون بالرمي الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض

الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن أنهم ماخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما أبيح الا لها (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) بل ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك الا أنه لا يقصد برميهم الا الكفار فان أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة

يضمن لحرمة القتل قلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد ومجرد حرمة القتل لا تكفي لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد ابي بوزن حبلى موضع بالشام ابو برة بوزن لفظ مصغر الدار موضع (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير) وقال الحسن بن زياد اذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم أولى ولكنا نقول أمرنا بقتالهم ولو اعتبرنا هذا المعنى أدى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما تخلو عن مسلم عادة ولانه يجوز لنا أن نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم كذا في المبسوط (قوله عن بيضة الاسلام) أي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها وهو أنها المجتمعة كما أن تلك مجتمع الولد كذا في المغرب (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام (قوله وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) وقال الشافعي رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه

قال المصنف (لان في الرمي الخ) أقول هذا تعليل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق فكيف يصح فان قيل تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغي قلنا ممنوع بل منسوخة في حقهما وأيضا هذا انما يصح اذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين والمدعى عام ليس له خصوص واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمي قال المصنف (ولانه قلما يخلو الى قوله لانسد بابه) أقول وفيه نظر فان ابن زياد انما يجوز الرمي اذا علم ان فيهم مسلما وعلم انه يتلف بهذا الصنع ولا شك في ان العلم بهما لو كان لكان في غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) أقول قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية يوجب القود اذا أصابوا منهم عمدا وقوله تعالى من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية يوجب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتعليل في مقابلتهما ينبغي أن لا يقبل فما الوجه (قوله والجواب أنه اذا كان الخ) أقول فيه نظر لانه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرمي الكفار وحينئذ يراد من العلم حقيقته ولم يقل أحد بان عدم العلم بالمصاب شرط في تحقق الخطا فانهم قالوا الخطا على نوعين خطا في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من هذا القبيل ولو كان كما قال للزم ان من رأى انسانا وعلمه ثم رمى غرضا غير قاصد ذلك الانسان فاصابه أن لا يكون فعله خطا ولم يقل به أحد (قوله ولنا ان الجهاد فرض الى قوله منهي عنه) أقول منقوض باكل مال الغير حالة المخمصة فانه ليس عدوانا منهيا عنه مع انه سبب للغرامات والجواب بانه مرخص وهو منهي عنه في الاصل لا يفيد لان قتل المسلم أيضا كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الاسلام) أقول يرد عليه ما لو كانوا بدار الاسلام

بخلاف

وقوله (بخلاف حالة المخمصة) جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمى لضرورة اقامة الجهاد لا ينفى الضمان وكتناول مال الغير حالة
المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند دفع الخطر وان كان

بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه أما الجهاد فبنى على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

لا يجوز رميهم فى صورة التترس الا اذا كان فى الكف عن رميهم فى هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعى فيه الكفارة قولا واحدا وفى الدية قولان وقال أبو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام دم مفرج وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه وأما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ولان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق أمران الاول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمى الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفترض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمى الا انه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقى لجواز كون المخرج هو ذلك فصار فى كون المسلم فى الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم أو الذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثانى أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف أحال وجه مسئلة التترس على وجهى مسئلة ما اذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لاعتباره مانعا فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن ان يتترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدار الحرمة الرمى فان المشاهدة نفته فوجب أن يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا وأما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمى عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام أى مجتمعهم وان لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تامل وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم فى غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم لم يغرم الدية اذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر أجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفروض لا تقترن بالغرامات كما ذكرنا فيمن لو مات من عزره القاضى أو حده أنه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخمصة لانه لا يمتنع) عن الاكل (مخافة الضمان) لان فى الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فبنى على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا فى المضطر أنه

يقصد بالرمى الكافر فيصيب المسلم وانا نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية كذا فى المبسوط فان قيل ينبغى أن تجب الدية عليهم لقوله عليه السلام ليس فى الاسلام دم مفرج أى مبطل قلنا خص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله (قوله بخلاف حالة المخمصة) أى يجب الضمان اذا

فيه ضمان (لما فيه من احياء نفسه) وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان (أما الجهاد فبنى على اتلاف النفس) أى نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذى هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزانى البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضى عن تقلد القضاء ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبنى على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا فى كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله (حذار الضمان) منصوب على

وتترسوا فانه لا يخلو اما أن يكون الحكم واحدا أو لا فان كان الاول فظاهر وان كان الثانى فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لان فى الرمى دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل ويمكن أن يجاب عنه بانهم انما يمكنهم التترس اذا كانوا فى المدينة ونحوها أما اذا

كانوا فى الصحراء فلا لامكان الهجوم عليهم ومصادفتهم فلا يمكنهم ذلك لكن لا يتاتى هذا فيما اذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الاسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبى حنيفة ثم يقال الحذف خلاف الاصل فلا يصار اليه الا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه (قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمى لضرورة الخ) أقول الظاهر أن هذا الكلام الرابع والا فالحسن لا يجوز الرمى فتامل

قال (ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره اخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة فاما الشواب فمقامهن فى البيوت أدفع للفتنة

لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد فى نفى الضمان (قوله ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف) منهم لها قال المصنف (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو) وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذى من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احترازا عما ذكر فخر الاسلام عن أبى الحسن القمى والصدر الشهيد عن الطحاوى أن ذلك انما كان عند قلة المصاحف كى لا ينقطع عن أيدى الناس وأما اليوم فلا يكره أما التأويل الصحيح فما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوى الحديث فان أبا داود وابن ماجه زادا بعد قوله الى أرض العدو وقال مالك أرى ذلك مخافة أن يناله العدو والحق أنها من قول النبى صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ويخاف أن يناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فانى لا آمن أن يناله العدو وفى رواية لمسلم فانى أخاف فلذا حكم القرطبى والنووى بانها من قول النبى صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم أنها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك فى سماعه اياها وفى فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفى المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكان المراد من شانهم ذلك والا فقد لا يكمنون وكانه مأخوذ من السرى وهو السير ليلا وكان الاولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذى يؤمن عليه فى توغله فى دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغى كونه اثنى عشر ألفا لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر ما روى فيه فهذا باعتباره أحوط وهذا ظاهر مذهبنا ومذهب الشافعى ومذهب مالك اطلاق المنع أخذا باطلاق الحديث قال القرطبى لا فرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له فى الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فياخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ذكره فى المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الاولى فى اخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقى دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر

أكل مال الغير حالة المخمصة وهذه هى التى قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمى اضرورة اقامة الجهاد لا ينفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن تناول مال الغير مخافة الضمان لان فيه احياء نفسه أما الجهاد فلان بناءه على اتلاف نفس سواد الكفار وقد يكون مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض (قوله

المفعول له وقوله (ولا باس باخراج النساء والمصاحف) كلامه واضح سوى ما نبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أقل السرية مائة وقال محمد فى السير الكبير أفضل ما يبعث فى السرية أدناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف وقوله (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو) رواه ابن عمر وأما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قال أبو الحسن القمى النهى كان فى ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روى عن الطحاوى وقوله

ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لابد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا (الا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى

(ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين (قوله ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا) من تقدم حق الزوج والمولى (الا أن يهجم العدو) على ما تقدم (قوله وينبغي للمسلمين) أي يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا الخ) تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلاة والسلام ولا تمثلوا أي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف (والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود وفي لفظ البيهقي قال أنس ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال أبو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من أبى ذلك الى أن قال وليس فيها يعني آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الآية وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرعاء ولو أن شخصا جنى على قوم جنايات في أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني آية الجزاء سببا آخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية الاقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لانها لم تشرع أولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك أن قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما أن يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لا يدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الآخر ورواية أنس صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع أنف رجل وأذني رجل وفقأ عين وآخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه لكنه يجب أن يستأنى بكل قصاص بعد الذي قبله الى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر أما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رضي الله

لما بينا) اشارة الى قوله لتقدم حق المولى والزوج (قوله والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر) قال عليه السلام لا تمثلوا بنامية الله تعالى أي بخلق الله تعالى وروى عن عمران بن الحصين رضي الله عنه أنه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة كذا في المبسوط (قوله ولا شيخا فانيا) ذكر في الذخيرة

(لما بينا) اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله (الا أن يهجم) استثناء من قوله لا تقاتل يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده وقوله (والمثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر روى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة وقوله (ولا شيخا فانيا) قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير أما اذا قال المصنف (ولا تقاتل المرأة الخ) أقول الظاهر أن هذا مستدرك اذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة باذن زوجها أولا والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه وهذا من كلام المصنف

لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهـذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقـعد والاعمى لان المبيح عنـده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي عليه

عنهما أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صـلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسـنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذاك وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ايخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا بما أخرج الستة عن الصعب بن جثامة أنه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام هم منهم وفي لفظهم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسـهم لان التبييت يكون معـه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما الظن الا أن حرمة قتل النساء والصبيان اجماع وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسـلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني أبي عن جـده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شئ فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه تقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليـد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا وأخرجه النسائي أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحـديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت واذا ثبت فقـد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه و بمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى والا لقتـل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أي على الشافعي (ما بيناه) يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هـذا الالزام على أحد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال أحمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكر ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقـعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سـفيان حين بعثـه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهـم ما سمعت بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحارب على ما ترجح اليه وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم وأما قول المصنف (صح أنه عليه

كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب و بصياحه محـرض عـلى القتـال وبالاحبال يكثر المحارب وقوله (لان المبيح عنـده) أي للقتال هو (الكفر) وعنـدنا هو الحراب وقوله (ما بينا) اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيـل والمراد بالذراري هنا النساء وقوله

هذا الجواب في الشيخ الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادرا على الاحبال يجيء منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين (قوله والشافعي رحمة الله تعالى عليـه يخالفنا في الشيخ والمقعد) الى قوله والحجة عليه ما بينا اشارة الى قوله ولهـذا لا يقتل يابس الشق أي لو كان نفس

الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال (الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى في الحرب أو تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا للشر ولان القتال مبيح حقيقة (ولا يقتل مجنونا) لانه غير مخاطب الا أن يقاتل فيقتل دفعا للشر غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه (فان أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى والله تعالى أعلم بالصواب

الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري) فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في العرنيين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا أي امرأة ولا أجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة وذكر الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله اذا ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال وأما الزمني فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا اذا ارتدوا اهـ ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ونقتل أقطع اليد اليسرى أو احدى الرجلين وان لم يقاتل (قوله الا أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا لاحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر وقد جيء به في جيش هوازن للرأي وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (الا أن الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيسين والذي يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أو جده أو أمه اذا قاتلت أو جدته (بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا) نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم الآية (ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق في افنائه فان أدركه) أي أدرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الاب) بغير القتل بل

الكفر علة القتل بابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف (قوله والذراري) أي النساء ههنا (قوله هاه) هي كلمة تعجب (قوله الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى في الحرب) وقد صح أن النبي عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى كذا في الذخيرة (قوله فان أدركه امتنع عليه) وذكر في الذخيرة واذا ظفر الابن بأبيه في الصف لا ينبغي أن يقصده بالقتل ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه الى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله ولو كان المشرك أخاه له أن يبتدئ بقتله فان قيل قد سوى بين الاخ الباغي والاب الباغي حتى لا يحل للعادل أن يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلم فرق هنا بينهما قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياؤه بالانفاق عليه وكذا يجب احياؤه بالكف عن قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياؤه بالانفاق عليه فكذا لا يجب احياؤه بالكف عن قتله بخلاف الوالدين فانه يجب احياؤهما اذا كانا

(هاه) كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت (قوله الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى في الحرب) لما صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى (قوله فهو في حال افاقته كالصحيح) يعني يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل في حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب (قوله امتنع عليه) أي يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله أعلم

قال المصنف (لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا) أقول قد سبق في كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الانفاق على الابوين الحربيين وان كانا مستأمنين وصرح الشراح أن قوله تعالى وصاحبهما الآية مخصوص بأهل الذمة دفعا للتعارض فتأمل في جوابه قال المصنف (ولانه يجب عليه احياؤه) أقول ولا

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع

يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى أن يفعل ماذكرنا ولا يدعه أن يهرب الى أن يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا أولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال يباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب الا للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبدأهم كالاب وأما في الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة والله الموفق

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فأخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه أصلا ويثاب على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال (قوله واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) والآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى وألقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول أنها منسوخة ان كانت الثانية بعدها أي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة أو المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع أعني آية ولا تهنوا كما هو القاعدة في تقديم المحرم وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند أصحاب المغازي أنها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه وليس بلازم لان الحاصل ان أهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى أن نقض المشركون عهدهم وخروج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة وأما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن اسحق وهي عشر سنين اه وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن ينعقبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن

كافرين بالاتفاق عليهما فكذا يجب الاحياء بالكف عن قتلهما والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(قوله واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجب عليه لان الصلح انما شرع نفعا في حق المسلمين فلو وجب لصار حقا

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه) والموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة (قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال

يرد النقض بالابن فانه ليس كالاب وان شئت مزيد التفصيل فارجع الى غاية البيان في كتاب المفقود ومر في النفقة أيضا

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

به مخالفا للمدعى وأجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون و بدليل الآيات الموجبة للقتال والالزم التناقض لما أن موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلابد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدا ابل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ماذكر فى الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التى لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص وقوله (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر وقوله (بخلاف ما اذا لم يكن خيرا) حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم

الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ اليهم وقاتلهم) لانه عليه

هرون أنبانا ابن اسحق فساقه الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس و يكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدى فى المغازى حدثنى ابن أبى سبرة عن اسحق بن عبد الله بن أبى بردة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذى ذكره البيهقى وجه حسن به تنتفى المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا فى حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهر بان مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتان ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافى بينهما حينئذ والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز الموادعة (على المدة المذكورة) وهى عشر سنين (لتعدى المعنى) الذى به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر (بخلاف ما اذا لم تكن) الموادعة أو المدة المسماة (خيرا) للمسلمين فانه لا يجوز (لانه ترك الجهاد صورة ومعنى) وما أبيح الا باعتبار أنه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمامور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعى ولقد كان فى صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم (قوله وان صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ اليهم) أى ألقى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم أنه رجع عما كان وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة وهو

عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالاصطياد شرع حقا لنا فلو وجب اصار حقا علينا فان قيل الآية عامة تقتضى أن لا يكون فى المصالحة باس سواء كانت مصلحة أو لم تكن وقد قيدت بالمصلحة قلنا هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون و بدليل الآيات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلابد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر فى الكتاب (قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التى لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص (قوله لتعدى المعنى) وهو دفع الشر لما أنه يحتمل أن يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشر سنين بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم لقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز (قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى) أما صورة فظاهر حيث ترك القتال وأما معنى فانه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن فى تلك

عملا بقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال وأما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشئ من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله (نبذ اليهم) أى بعث اليهم من

(قوله وأجيب بان هذه الآية الشريفة الى قوله وأنتم الاعلون) أقول فيه بحث لان المنهى عنه فى هذه الآية هو البداية بالدعوة الى السلم من جانب المسلمين والمامور به فى الآية السابقة هو الميل اليها اذا مالوا اليها أولا فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة و يرفع المنافاة ولعل النهى عنه انما هو لان فيه الحاقا للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ولا تهنوا نعم يمكن أن يقال ان فى هذه الآية دلالة على أنه لا تجوز الدعوة الى السلم اذا كان بهم ضعف فان النهى يقتضى المشروعية كما بين فى علم الاصول (قوله وبدليل الآيات الموجبة للقتال) أقول الآيات الموجبة للقتال معلومة التاخر عن آيات السلم كما صرح به فى النهاية وأيضا آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة فى شأن بنى قريظة وهذه نزلت فى سورة التوبة منها قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها (قوله وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا الى قوله ولا تهنوا الآية) أقول فيه بحث والظاهر أن يقال ان هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسالمة اذا طلبوها منا فكيف يستدل بها (قوله ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو من ذلك الخ) أقول أى النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح

السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه و بين أهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولابد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم و يكتفى في ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى

مثل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة واعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على أنه لا يتقيد بخطور الخوف لان المهادنة في الاول ما صحت الا لانها أنفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع (ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صح في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية و بين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظر واذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه و بين أهل مكة فالاليق أن يجعل دليلا فيما ياتي من قوله (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه) وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون و يسترقونهم ومن معهم من الذراري الا أن يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا الا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدؤا بالغدر قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعمي عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فاعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده

لاهم اني ناشد محمدا * حلف أبينا وأبيه الأتلدا

ان قريشا أخلفوك الموعدا * ونقضوا ميثاقك المؤكدا

هم بيتونا بالوتير هجدا * فقتلونا ركعا وسجدا

* فانصر رسول الله نصرا اعتدا *

الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا

بعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم (في العهود وفاء لا غدر) أي هي وفاء (قوله ولابد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن و كان ذلك للتحرز عن الغدر

(واذا)

(واذا رأى الامام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة أما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لانه فى معنى الجزية أما اذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر فى أمرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا (ولو أخذه لم يرده) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بأهل

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمى على قريش خبرهم حتى يبغتهم فى بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان أبا بكر قال له يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا ببنى كعب ورواه الطبرانى من حديث ميمونة ورواه ابن أبى شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين فى كتاب المغازى وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله أولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فانا غازيهم ثم فى النبذ لا يكفى مجرد اعلامهم بل لابد من مضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغير على شئ من بلادهم قبل مضى تلك المدة (قوله وان رأى الامام موادعة أهل الحرب وان يأخذ) المسلمون (على ذلك مالا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى الا أن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة أما اذا لم تكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل) يعنى قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعنى فى مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضى أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة فى البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كالجهاد وفى أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا الاجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى لانه مأخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة فى مختصر الكرخى بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه فى معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله (لما بينا) يعنى فى باب الجزية (و) مع هذا (لو أخذه لا يرده) عليهم لان مالهم فئ للمسلمين اذا ظهر وا بخلاف ما اذا أخذ من أهل البغى حيث رد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لانه ليس فيأ الا أنه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم (قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية) أى النقيصة ومن ذلك قول عمر لابى بكر رضى الله عنهما فى الحديبية وكان يتجانفا عن الصلح أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطى الدنية فى ديننا فقال له أبو بكر الزم غرزه فانى أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابن اسحق فى السير وفى الحديث ليس للمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله

(قوله لما بينا من قبل) أن المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لا سلب الاموال الا أن أخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية (قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم) أى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب (قوله ولو أخذ لم يرد عليهم لانه مال غير معصوم) وفى الرد عليهم معونة لهم على القتال

وقوله (لما بينا من قبل) يعنى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله (اذا لم ينزلوا بساحتهم) أى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله (لانه مأخوذ بالقهر معنى) يعنى فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله (لما فيه من اعطاء الدنية) أى النقيصة

(قال المصنف ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا) أقول هذا انما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الاحصار ولا دلالة فيه على عدمه بعده فتأمل قال فى الكافى ولا يأخذ منهم على ذلك مالا لان أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه وفيه بحث فان الموادعة تكون بزمان معين فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا الى ذلك الزمان كيف يكون تقريرا لهم عليه

الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن

تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين (الا اذا خاف) الامام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل الى عيينة بن حصن الفزاري والحرث بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله أأمرا تحبه فتصنعه أم شيأ أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيأ تصنعه لنا قال بل شئ أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك الا لأني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت أن أكسر عنكم من شوكتهم الى أمر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا ثمرة الا قرى أو بيعا أفحين أكرمنا الله بالاسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه نعطيهم أموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد ابن اسحق حدثني به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المصنف هذا بقوله (لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو بن سهيل وكان قد أسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين أأرد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام اصبر أبا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد أبا بصير وأما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال

(قوله الا اذا خاف الهلاك) أي اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا بأس أن يفعله لما روي أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله عليه السلام قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا يا رسول الله ان كان هذا وحيا فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء أو قرى فاذا أعزنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا بالسيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فانتم وذاك اذهبوا ولا نعطيكم الا بالسيف فقد مال رسول الله عليه السلام الى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك وقد كان رسول الله عليه السلام يعطي المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل أنه لا بأس بذلك عند خوف الضرر كذا في المبسوط (قوله لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وفي هذا التعميم شبهة وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجب لو

وقوله (الا اذا خاف الهلاك) يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا باس بدفع المال لما روي أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما أخبر الله عنهم بقوله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة ابن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه في كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد ابن معاذ وسعد بن عبادة وقالا يا رسول الله ان كان عن وحي فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء أو قرى فاذا أعزنا الله بالدين وبعث الينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه الصلاة والسلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فانتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك (قوله بأي طريق يمكن) قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا وأجيب عنها بان معنى

(ولا

(ولا ينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز اليهم) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه أصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا أنا عرفناه بالنص فانه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

أيضا اذ لا فرق بين النساء والرجال فى ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم أكثر وحين شرع ذلك كان فى قوم من أسلم منهم لا يبالغون فى تعذيبه فان كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى انما يتولى ردعه عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسب والاهانة ولقد كان بمكة بعد هجرة النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبى بصير وأبى جندل بن عمرو بن سهيل الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب) اذا حضروا مستأمنين (ولا يجهز اليهم) مع التجار الى دار الحرب (لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم) والمعروف ما فى سنن البيهقى ومسند البزار ومعجم الطبرانى من حديث (١) بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله القبطى عن أبى رجاء عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح فى الفتنة قال البيهقى الصواب أنه موقوف وأخرجه ابن عدى فى الكامل عن محمد ابن مصعب القرقسانى وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدى وهو عندى لا بأس به ونقل عن أحمد نحو ذلك قال المصنف (ولان فيه) أى فى نقل السلاح وتجهيزه اليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذ الكراع) أى الخيل ولا فرق فى ذلك بين ما قبل الموادعة وبين ما بعدها (لانها على شرف الانقضاء أو النقض) قال (وهو القياس فى الطعام) أى القياس فيه أن يمنع من حمله الى دار الحرب لان به يحصل التقوى على كل شئ والمقصود اضعافهم (الا أنا عرفناه) أى نقل الطعام اليهم (بالنص) يعنى حديث ثمامة وحديث اسلامه رواه البيهقى من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبرى عن أبى هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفى آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له أصبوت فقال انى والله ما صبوت ولكنى أسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وأيم الذى نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم أن يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام فى آخر السيرة وذكر أنهم قالوا له صبأت فقال لا ولكنى اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت أرحامنا فكتب عليه الصلاة والسلام اليه أن يخلى بينهم وبين الحمل وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لانه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية فان الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب شمس الاسلام فى شرح الجامع الصغير الى أنه لا يكره حيث قال وهذا فى السلاح وأما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأسا ولا ببيع الخشب وما أشبه ذلك وقال الفقيه أبو الليث فى شرحه وليس هذا كما قالوا فى بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة فى الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره * (فروع من المبسوط) طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم فى أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح فى الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمى من يلتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له أرض فيها قوم

لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور فى الكتاب لان دفع الهلاك واجب باى طريق الكلام باى طريق يمكن سوى الامور التى رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضا وقوله (ولا يجهز اليهم) أى لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله (لما بينا) يعنى قوله ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله أى أتاهم بالطعام

(١) بحر بن كنيز كذا هو فى الخلاصة بمهملة بعد الموحدة وأبو بنون وآخره معجمة وهو الصواب والحذر ما وقع فى بعض النسخ من بحر بن كثير كتبه مصححه

(فصل) (اذا أمن رجل حرأو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أى أقلهم

من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ماشاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فى الاحرار ولو أسلم كانوا عبيدا فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شئ قبل القسمة و بالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك فى حق المسلمين وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيأ معلوما وعلى أن لا يجرى عليهم فى بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك الا أن يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز الا أن يكون خيرا للمسلمين ثم ان فعل ذلك ان كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على أن يؤدوا اليهم فى كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز ألا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شئ من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين فى السنة الاولى لا تتناولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم واذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صاروا مماليك المسلمين بالموادعة والمشروط فى السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستأمن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشترى منهم ما أخذوه من أموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه فى أمان المسلمين

(فصل فى الامان) وهو نوع من الموادعة فى التحقيق (قوله اذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على اسناد المصدر الى المفعول (ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم) أى لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أى يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقى لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل فى دار الحرب وأخذ المال وأما قوله وهم يد الخ أى كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد

(فصل) لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره فى فصل على حدة وكلامه واضح وقوله (ويسعى بذمتهم) أى بعهدهم وأمانهم (أدناهم أى أقلهم

يمكن سوى المستثنيات التى لا اباحة فى مباشرتها أو رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال مار أهله أى أتاهم بالطعام والله أعلم بالصواب *(فصل)*

(قوله صح أمانهم) هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار أو أهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم أى تتساوى فى حكم القصاص والدية لا فضل لشريف على وضيع فيكون دليلا على مساواة العبد الحر فى حكم القصاص ويسعى بذمتهم أدناهم أى أقلهم لانه يذكر الادنى ويراد

وهو الواحد) لانه لا أقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين
وقوله (ولانه) أي ولان كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد

وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه اذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الانكاح

باعتبار تعاونهم عليهم لكن رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد الحديث ففسر الرد في ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي رضي الله عنه قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وأخرج البخاري نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ أخرجه من حديث علي من جهة أبي داود والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه تتكافأ دماؤهم وهو يريد أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم باقلهم في العدد (وهو الواحد) احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم اذ هو على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا أو عبدا وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ في الصحيحين رضي الله عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ورواه الازرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب رضي الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له يا رسول الله اني أجرت حموين لي من المشركين فاراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذي أجارته أم هانئ عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام ابن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه أبو داود حدثنا عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب أمان المرأة حدثنا يحيى بن أكثم الى أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلاة والسلام ألا وانه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبراني بطوله قال المصنف (ولانه من أهل القتال) أي الواحد ذكرا كان أو أنثى فانها من أهله بالتسبب بمالها أو عبيدها فيخاف منه (فيتحقق الامان منه لملاقاته محله) أي محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ (ثم يتعدى الى غيره) أي غير المجير

الاقل قال الله تعالى ولا أدنى من ذلك ولا أكثر ويقال أدنى الجمع ثلاثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا أقل منه وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال أدنى المسلمين العبد ولكنا نقول أدناهم أقلهم فيكون دليلا على صحة أمان الواحد وقيل المراد الفاسق لانه لا يظن برسول الله عليه السلام أن ينسب العبد الورع الى الدناءة وقيل معناه أقربهم الى أهل الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لا من الدناءة كذا في المبسوط (قوله ولانه من أهل القتال) أي ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانها أيضا من أهل القتال

وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل معناه بنفسها وقوله (لملاقاته) أي لملاقاة الامان (محله) لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله (ثم يتعدى) أي الامان (الى غيره) أي غير الذي أمن من أهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره (قوله ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان) أي التصديق بالقلب (فكذا الامان لا يتجزأ) فاذا تحقق من البعض فاما أن يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من بعض الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المصنف استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفي الآخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو من الثاني ليقع علة

لقوله ثم يتعدى الى غيره كان أولى ويمكن ان يجعل الاول علة والثاني شرطا وسماهما سببا مجازا والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه ويجيء في

(فصل واذا أمن رجل حر) (قوله وهو الايمان أي التصديق) اقول قال الاتقاني وهو الايمان أي اعطاء الامان اه وأنت خبير بان تفسير الشارح أولى منه يدل عليه قول عمر رضي الله عنه انه رجل من المسلمين على ما سيجيء

قال (الا أن يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذمى) لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران

من المسلمين وأما قوله ولان سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلا بلا واو للتعدى فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزى يصلح دليلا له فانه اذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لانه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزأ فكذا الامان وفسر بالتصديق الذى هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فامن أى أعطيته الامان فامن ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فامن الكافر أى حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضى فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك أن الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى أمان الحربى باعطاء المسلم اياه له فالحق أن كلا منهما يصح الايمان أى اعطاء الامان سبب الامان بمعنى علته لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان أو الايمان بمعنى التصديق سبب حقيقى للامان لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان وصار (كولاية الانكاح) اذا زوج أحد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونه لا يتجزأ انما علناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع فى ذلك (وقوله الا اذا كان فى ذلك) أى أمان الواحد (مفسدة فينبذ اليهم كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه) فى الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبنى عليه قوله (ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر) لا يؤدبه (لانه ربما) فعل ذلك مخافة أن (تفوت المصلحة بالتاخير) الى أن يعلم الامام بها أو يؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتعال للسبق الى الشئ دون ائتمار من ينبغى أن يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتنى ذلك الفارس أى سبقنى فاصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضى أن يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذمى لانه متهم بهم) على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) فى دار الحرب (لانهما مقهوران تحت أيديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران

بالتسبيب وهو اما بالمال أو بعبدها وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل أى بنفسها وفى المبسوط وروى أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنها أمنت زوجها أبا العاص بن الربيع فاجاز رسول الله عليه السلام أمانها (قوله للاقاته محله) أى لملاقاة الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى الى غيره أى الامان يتعدى الى غير أى غير الذى أمن من أهل الاسلام كما فى شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم أولا ثم يتعدى منه الى غيره ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لانه غير متهم ولان سببه وهو الايمان أى التصديق بالقلب لا يتجزى فكذا الامان لا يتجزى كولاية الانكاح فانه اذا وجد الانكاح من الاولياء المتساويين فى الدرجة يلزم صحة النكاح فى حق كل الاولياء لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجز فلا تتجزى الولاية نظيره الصغيرة اذا كان لها اخوان يكون لكل واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا (قوله ويؤدبه الامام) أى يؤدب الذى أمن لافتياته على رأى الامام واستبداده برأيه افتعال من الفوت وهو السبق

عليه

كلامه اشارة الى هذا وقوله (الا أن يكون فى ذلك مفسدة) استثناء من قوله صح امانهم وقوله (وقد بيناه) يعنى فى باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الخ واليه ايضا اشار بقوله (لما بينا) قبل قوله (ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش) تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا أن يكون فى ذلك مفسدة واقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز أن يكون أعاده تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه أى لسبقه على رأى الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأى وهو افتعال من الفوت وهو السبق قوله (ولا يجوز امان ذمى لانه متهم بهم) اى بالكفار لاتحاد فى الاعتقاد

(قوله وقوله الا أن يكون فى ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم) أقول بل استثناء من قوله ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم (قوله قبل قوله ولو حاصر الامام) أقول صاحب القيل هو الاتقانى (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك الى قوله ويجوز أن يكون الخ) اقول فى كلا الوجهين بحث

وقوله (لا يصح امانه لما بينا) يعنى قوله والامان يختص بمحل الخوف قال (ولا يجوز أمان العبد الخ) اتفق العلماء على ان امان العبد المأذون صحيح لما روى ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمى فعل المقاتل وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبى حنيفة ويصح عند محمد والشافعى وذكر الكرخى قول أبى يوسف مع محمد واعتمد عليه القدورى فى شرحه وذكره الطحاوى مع أبى حنيفة وهو الظاهر عنه

واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظاهر وقوله (ولانه مؤمن ممتنع) أى ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله (وبالمؤبد من الامان) يعنى عقد الذمة فان الحربى اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى تجرى عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله (فالايمان لكونه شرطا للعبادة) يعنى شرطنا الايمان فى قولنا ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه لانه شرط للعبادة (والجهاد عبادة) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجىء فى كلامه اشارة الى هذا وقوله (والامتناع) يعنى وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به وقوله (والتأثير اعزاز الدين) يعنى

العلة الجامعة فى قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر فى أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين فى عين هذا الحكم وهو الامان فى الحر فاذا وجد فى المحجور عليه صح تعديته اليه كما فى سائر الاقيسة وقوله (وانما الاعمال المسابقة) جواب عما يقال الاصل فى الجهاد هو المسابقة وهو لا يملكه فلا يملك

عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبى حنيفة الا أن يأذن له مولاه فى القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعى وأبو يوسف معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الاشعرى ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة وانما الاعمال المسابقة

عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح) (قوله ومن أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح أمانه لما بينا) من أن الامان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما فى دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبى حنيفة الا أن يأذن له مولاه فى القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعى) وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف فى رواية) لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم أدناهم (و) لما روى أبو موسى الاشعرى من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولانه مؤمن ممتنع) أى له قوة يمتنع بها او يضر غيره (فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال والمؤبد من الامان) وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر فى صحة الامان أما الايمان فلانه شرط العبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو (اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة) لا فيما لا مصلحة فيه وانما الاعمال المسابقة) أى الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل

(قوله لما بينا) أى من أن الامان يختص بمحل الخوف وهم لا يخافون المسلم فى دار الحرب ولم يهاجر (قوله ولا يجوز أمان العبد عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يأذن له مولاه فى القتال) أمان العبد المأذون له فى القتال صحيح بالاتفاق لما روى أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاجاز أمانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمى فعل المقاتل (قوله وبالمؤبد من الامان) وهو عقد الذمة يعنى اذا عقد حربى عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى تجرى عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله واعتبار وقت الذمة فى أخذ الجزية من وقت العقد مع العبد (قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة) يشير الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل كونه مؤمنا ممتنعا علة لصحة أمانه يعنى انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع أى كونه ذا امتناع وقوة ليكون الامان من محله وهو الذى يخاف منه بخلاف أمان الاسير والتاجر الذى فى أيديهم حيث لم يصح لانهم لا يخافونه (قوله والتأثير اعزاز الدين) أى الفائدة فى هذا الامان اعزاز

(قال المصنف فالايمان لكونه شرطا الخ) أقول سيجىء أن الامان نوع قتال (قوله وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول يعنى تقدم تضمنا بعنوان بشرين سطرا وهو قوله والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجىء فى كلامه اشارة الى هذا

لمافيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ماذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا

وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور عليه في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولابي حنيفة) ومالك في رواية سحنون عنه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الامان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه الاعزاز لانه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر أنه يخطئ لان معرفة المصلحة في الامان انما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لانه أدرى بالامر من غير الممارس له وفي خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا (بخلاف) العبد (المأذون وبخلاف) الامان (المؤبد) باعطاء الجزية (لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (ولانه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (ولانه مفروض عند مسئلتهم) لان الله تعالى غيا قتالهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم (اسقاط الفرض) عن الامام وعامة المسلمين وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الاول فلا لانه ان فرق بانه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة الى أهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بان الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تأثير له لان الامان غير لازم اذا لم يكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك نبذ اليهم الامام به نعم الاستدل بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لانه حديث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب اليهم أمانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا لهم ما شأنكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا الينا السهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شئ قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر رضي الله

الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة أي انما يصح أمان العبد المحجور على اعتبار أن يكون فيه نفع للمسلمين (قوله والامان نوع قتال) لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال (قوله وفيه ماذكرناه) أي في أمان العبد المحجور ماذكرنا في قتاله من أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه (قوله فهذه بمنزلة الدعوة اليه) أي الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية عرض الاسلام على غيره (قوله واسقاط الفرض نفع محض) فيصح

الامان أيضا وتقريره انما لا يملك المسابقة (لما فيه من تعطيل منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه (في مجرد القول) وقوله (ولابي حنيفة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان أسهل اثباتا لمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فتامل وقوله (وفيه ماذكرناه) يريد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة (لانه) أي الامان المؤبد (خلف عن الاسلام) من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي (فهو بمنزلة الدعوة اليه) أي الى الاسلام وهي نفع (ولانه مقابل بالجزية) وهي نفع (ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه (واسقاط الفرض نفع فافترقا) ولو وقوله (فهو على الخلاف) يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح وقوله (والاصح أنه يصح بالاتفاق)

(قوله ولو قال المصنف انه محجور عن القتال الخ) أقول ان أراد انه محجور عن القتال الحقيقي والحكمي فهو ممنوع بل هو أول المسئلة وان أراد أنه محجور عن الحقيقي فمسلم وليس الامان منه ولعله انما أمر بالتامل لذلك

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق

(باب الغنائم وقسمتها)

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) أي قهرا

عنه فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد وأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وأيضا جاز كونه محجورا والامان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله أعلم الا أن اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي اباحته مطلقا بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين (قوله وان أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) باجماع الائمة الاربعة كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة و يصح عند محمد وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لان قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه و بقول محمد قال مالك وأحمد (وان كان ماذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا و به قال مالك وأحمد لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي الماذون والمراد بكونه يعقل أن يعقل الاسلام و يصفه وأضاف أبا يوسف الى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله أعلم لانه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام و يصفه جاز له أمانه ثم قال وهذا قوله فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من أهل القتال كالبالغ الا أنه يعتبر أن يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجراء للخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال أو ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن ألفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي في السير املاء سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وأبو يوسف استحسن أن يكون أمانا وهو قول محمد والله أعلم

(باب الغنائم وقسمتها)

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وانما كان ذلك غالبا بالاستقراء تأييدا لله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر (قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة) يجوز في الواو ما قدمناه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة

منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا لا تفترض الاجابة اليه والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فما فيه الضرر به و بالمسلمين ببطلان حقهم في الاستغنام أولى أن لا يملكه بنفسه والله أعلم بالصواب

(باب الغنائم وقسمتها)

الغنيمة عن أبي عبيدة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة والفيء ما نيل منهم بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الاسلام وحكمه أن يكون لكافة المسلمين ولا يخمس والنفل ما ينفله الغازي أي يعطاه زائدا على سهمه وهو أن يقول الامام أو الامير من قتل قتيلا فله سلبه أو قال للسرية ما أصبتم فهو لكم أو ربعه أو نصفه ولا يخمس وعلى الامام الوفاء به وعن علي بن عيسى الغنيمة أعم من النفل والفيء أعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك قال أبو بكر الرازي رحمه الله فالغنيمة فيء والجزية فيء ومال أهل الصلح فيء والخراج فيء لان ذلك كله مما أفاء الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يحل أخذه من أموالهم فهو فيء (قوله عنوة أي قهرا)

أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن

(باب الغنائم وقسمتها) أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما أن يؤمنهم أو يقاتلهم و يستغنم أموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة (واذا فتح الامام بلدة عنوة أي قهرا) قال في النهاية قوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنوا معنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد بل يكون هو تفسيرا من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر

(باب الغنائم وقسمتها)

(قوله وهو لازم وقهر متعد) أقول دليل ثان على أنه ليس تفسيرا

(فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

بالقهر وهو ضده الاثم امن عنا يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم واقع المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعارف بل ذلك فى الاخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازى لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب فى السبب والوجه أنه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى البلد (بين الغانمين) مع رؤس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ماسواهم من الاراضى والاموال والذرارى ويضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على أرضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار أو ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فمكروه الا أن يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الاراضى الى أن تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض أو برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم أحرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر هذا وتدقيل الاولى الاول وهو قسمة الاراضى وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثانى عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما فى البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضى الله عنه لولا آخر المسلمين مافتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك فى الموطا أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر يقول لولا أن يترك آخر الناس لاشئ لهم مافتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذى فى أبى داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعنى أعطى لكل مائة رجل سهما وقد جاء مبينا كذلك فى رواية البيهقى فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم، زاد أبو عبيد فى كتاب الاموال فعاملهم بنصف مايخرج منها فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر حتى كان عمر فكثر العمال فى المسلمين وقووا على العمل فأجلى عمر رضى الله عنه اليهود الى أرض الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف أصحاب المغازى فى أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصحح أبو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى ابن عقبة عن الزهرى الثانى وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما فى حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة

العنوة الذلة والخضوع وقوله قهرا ليس بتفسير لها لان معنى لازم وقهر متعد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر (قوله كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر) هذا الفعل منه ليس بحتم والالما خالفه عمر رضى الله عنه

فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفى كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة ليكون عدة فى الزمان الثانى

سألوه أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى أن قال فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ولعمرى انه فى الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها الى أن قال ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضيهم وسائر أموالهم فالحق فى ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهرى أى انها افتتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه اه (قوله وان شاء أقر أهله الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك فى اقرار عمر رضى الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر يعمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين فى العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيأ اثنى عشر درهما فحمل فى أول سنة الى عمر ثمانون ألف ألف درهم وفى السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم الا أن فى المشهور عن أصحاب الشافعى أنها افتتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على أهلها بخراج يؤدونه فى كل سنة وقال ابن سريج باعها من أهلها بثمن منجم والمشهور فى كتب المغازى أن السواد فتح عنوة وأن عمر رضى الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما أفاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم أى الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاؤا من بعدهم وانما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد الانفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن أبى هريرة فدعا عمر رضى الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه قال فى المبسوط فلم يحمدوا وندموا ورجعوا الى رأيه ويدل على أن قسمة الاراضى ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبى صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك الى أن بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو أدرى بالاخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لادليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت فى الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبى سفيان فهو امن ومن أغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحا لامنوا كلهم به بلا حاجة

(قوله بموافقة من الصحابة) وهو ما روى أنه لما استولى على العراقين والسواد شاور الصحابة رضى الله عنهم فى أراضيها فقال بعضهم هى غنيمة فاقسمها بين الغانمين وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضى الله عنه فى ذلك فرجع الى القرآن فلما جاء من الغد قال وجدت فى كتاب الله تعالى ما أستغنى به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجىء بعدكم فاتفقوا على ذلك الا عدد يسير منهم بلال رضى الله عنه (قوله ولم يحمد من خالفه) كبلال وأصحابه رضى الله عنهم فروى أنه قال على المنبر اللهم اكفنى بلالا وأصحابه فما حال الحول حتى ماتوا فان قيل كيف ينعقد الاجماع مع خلافهم قلنا لا نعتبر خلافهم مع اجماع

وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذا فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فان قيل قد خالفه فى ذلك جماعة أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف أى ماتوا جميعا (وفى كل من ذلك قدوة فيتخير)) ولقائل أن يقول لا نسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين أحدهما أن فعل النبى صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أى جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابى جاز أن يعمل بخلافه والثانى أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضى الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذوى القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهى تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما فى خصال الكفارة ففعل النبى صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) فى التوفيق بينهما ان (الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين) كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين (والثانى عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضى الله عنه (ليكون عدة فى الزمان الثانى

(قوله ففعل النبى عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضى الله تعالى عنه الآخر) أقول فيه نظر لان الآيتان أفادت القطع بطريق الاشارة بطل العمل بالحديث لانه ظنى والا فيعود السؤال وأيضا لواجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التخيير والا لثبت فى كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة اذ لا تعارض هناك بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا

وهــذا) أى اقرار أهل بلدعلى بلدهم بالمن عليهم (فى العقار أما فى المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد) بأن يدفع اليهم مجانا و ينعم به عليهم وانما قيــد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك فى قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله (لانه لم يرد به) أى بالمن (الشرع فيه) أى فى المنقول المجرد (وفى العقار خلاف الشافعى) فانه لا يجوز المن فيه قال (لان فى المن ابطال حق الغانمين) عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك (أو ملكهم) يعنى عنــدى فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز (فلا يجوز) يعنى ابطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فان قيل الخراج يعد له أجاب بقوله (والخراج غير معادل لقلته) فان قيل فالحق أو الملك ثبت فى رقابهم أيضا وجاز له أن لا يقسمها أجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعنى أن حقهم لم يتعلق بها (لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانهم خلقت فى الاصل أحرارا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصــل فاذا جعلهم أحرارا فقد بقى حكم الاصل فكان جائزا (والحجة عليه ما رويناه) يعنى من فعل عمر رضى الله عنه وقوله (ولان فيه نظرا) يعنى أن تصرف الامام وقع عــلى وجه النظر فى اقرار أهلها عليها لانه لو قسمها بينهــم اشــتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضا فاذا تركها فى أيديهــم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالاكرة) أى المزارعــين (العاملة للمسلمــين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا وقوله (والخراج وان قل) جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الفساد الخراج وان قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج فى سنة (فقد جل مآلا لدوامه) بوجوبه فى كل سنة قوله (وان من عليهم) ظاهر وقوله (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الامام التمرتاشى فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضى بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا أن يدع لهــم ما يمكنهم به العمل فى الاراضى قال (وهو فى الاسارى بالخيار) الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلاثة (ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبى معيط والنضر بن أبى سهيل بعد ما حصلا فى يده وقتل بنى قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان أسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة

وهذا فى العقار أما فى المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى لان فى المن ابطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال (وهو فى الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل ولان فيه حسم مادة

الى ذلك والى ما ثبت من اجارة أم هانئ من اجارته ومدافعتها عليا عن قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطــل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام فى الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح فى ذلك (قوله وفى العقار خلاف الشافعى) فعنده يقسم الكل (لان فى المن) بالارض (ابطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولى (فلا يجوز) للامام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة الى رقبة الارض (بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضى الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه أجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولان فيه نظرا) للمسلمين (لانهم) يصيرون (كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفى هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا) فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض (قوله وهو فى الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) يعنى اذا لم يسلموا (لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الاسارى اذ لا شك فى قتله

أهل الفقه لانهم أصحاب الظواهر (قوله وفى كل من ذلك قدوة) أى فى كل من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضى الله تعالى عنه (قوله أما فى المنقول المجرد) قيــد بالمجرد لانه يجوز المن عليهم فى المنقول بطريق التبعية للعقار (قوله لان فى المن ابطال حق الغانمين) أى على مذهبنا لانا لا نقول بثبوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين (قوله أو ملكهم) أى على مذهب الشافعى رحمه الله فانه يقول يثبت الملك لهــم بنفس الاصابة (قوله بخلاف الرقاب) فالحق لم يتأكد فى رقابهــم ألا ترى أن له أن يقتلهم فكذلك يكون له أن يمن على رقابهم بجزية يأخــذها (قوله والحجة عليه ما رويناه) أى من فعل عمر رضى الله عنه (قوله ليخرج عن حد الكراهة) ذكر الامام التمرتاشى رحمة الله تعالى عليه فان من عليهــم

وجبت البقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام) فان أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لانه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز أجيب بانه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع

القساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل اسلام (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين) لما بيناه (الامشركي العرب والمرتدين) على ما نبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله أن يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادي بالاسارى عند أبي حنيفة وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل

عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذي قالت فيه أخته قتيلة الابيات التي منها

يا راكبا ان الاثيل مظنة * من صبح خامسة وأنت موفق

أبلغ بها ميتا فان تحية * ما ان تزال بها الركائب تخفق

مني اليك وعبرة مسفوحة * جادت بوا كفها وأخرى تخنق

ما كان ضرك لو مننت وربما * من الفتى وهو المغيظ المحنق

الابيات وطعيمة بن عدي وهو أخو المطعم بن عدي وأما ما قال هشيم أنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى (ولان في قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان الرأي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له أن يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيأ (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد وقوله (الامشركي العرب والمرتدين) يعني اذا أسروا فان الكلام في الاسارى ويتحقق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصار واحربا (على ما نبين ان شاء الله تعالى) في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام أو السيف (فان أسلم الاسارى) بعد الاسر (لا يقتلوم) لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الاخذ) لا يسترقون ويكونون أحرارا لانه اسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادى بالاسارى عند أبي حنيفة) هذه احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية وعن أبي

برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي (قوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا) اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق فان قيل ينبغي أن لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلوهم حيث وجدتموهم قلنا خص من هذه الآية أهل الذمة والمستأمنون والنساء وغير ذلك فيختص المتنازع فيه عنها بفعل عمر رضي الله عنه (قوله ولا يفادى بالاسارى) المفاداة بين الاثنين فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى عند أبي حنيفة رحمة الله

فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله (الامشركي العرب) استثناء من قوله وان شاء تركهم احرار ولقائل أن يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو أن يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب كل واحد منها ولانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول وأقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا والالزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب أن كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله (ولا يجوز أن يردهم) ظاهر وقوله (ولا يفادى بالاسارى) المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى أي لا يعطى أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يفادى بهم أسارى المسلمين ولا تجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص

(قوله وقوله الامشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الاسارى بالخيار (قوله والامام مخير بينها كما في الواجب المخير) أقول اذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوبا يكون ذلك من المعارضة لا من الواجب المخير فان الدليل في الواجب المخير واحد دل على شيء واحد وهو التخيير وههنا ليس كذلك اذ لم يدل دليل من الادلة المذكورة على التخيير ولا مجموعها اذ تعارض الادلة لا يقتضي التخيير بل يصار الى الترجيح ان أمكن والا فالى دليل آخر من الادلة الاربعة كما تقرر في الاصول

الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع أسيرهم اليهم مضاف الينا أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان أسلم الاسير فى أيدينا لا يفادى بمسلم أسير فى أيديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه

حنيفة أنه يفادى بهم كقول أبى يوسف ومحمد والشافعى ومالك وأحمد الا بالنساء فانه لا تجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وهذه رواية السير الكبير قيل وهو أظهر الروايتين عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه ما ذكر فى الكتاب (أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه فقط) والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين ووجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذى يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى عن عمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن أبيه خرجنا مع أبى بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة لله أبوك أعنى التى كان أبو بكر نفله اياها فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة الا أن هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء ويبقى الاول (قوله أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا) فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى فى شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الارض) أى يقتل أعداء الله من الارض فينفيهم عنها (تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة) وقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهى ولم يكن نهاهم (لمسكم فيما أخذتم) من الغنائم والاسارى (عذاب عظيم) ثم أحلها الله لهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا وهى للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى رده تكثير المحاربين لغرض دنيوى وفى الكشاف وغيره أن عمر رضى الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر بأخذ الفداء تقويا ورجاء أن يسلموا وروى انهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضى الله عنه على النبى عليه الصلاة والسلام فاذا هو وأبو بكر يبكيان فسأله فقال أبكى على أصحابك فى أخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل أحب الى والله أعلم بذلك (قوله ولو أسلم الاسير وهو فى أيدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه) فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير

تعالى عليه أى لا تؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التى فى أيدى المسلمين فعند الشافعى رحمه الله حكمهم أحد الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالمال أو بالاسارى والمن وعندهما أحد الامور الثلاث الاول والفداء بالاسارى وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى عليه أحد الامرين الاولين (قوله لما بينا) اشارة الى قوله ان

المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله (وله أن فيه تقوية) وفى بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز أن يبرز هذا فى معرض دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر فى صورة الرمى عند التترس بالمسلمين (وأما المفاداة بأخذ المال منهم) فى اطلاق أسراهم (فلا تجوز فى المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) ان فيه تقوية ومعونة للكفرة بعودهم حربا علينا (وفى السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر)

قال (ولا يجوز المن عليهم) أي على الاسارى خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا (واذا أراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح

اضرار لمسلم آخر (قوله ولا يجوز المن على الاسارى) وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ (خلافا للشافعي) اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعي قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبي الربيع على ماذكره ابن اسحق بسنده وأبو داود من طريقه الى عائشة لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق أن ممن من عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الانصاري فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فاسر فقال يا رسول الله أقلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم أمر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في اسارى بدر لو كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لامتناع الشئ لامتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد أخبر بانه يطلقهم لو ساله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب المصنف بانه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه يعلم ان القتل المامور حتما في حق غيرهم (قوله واذا اراد الامام العود ومعه مواش) اى من مواشي اهل الحرب (فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن ابي طالب رضي الله عنه فرسه وربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي ان ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعي) وأحمد (يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة) قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روي من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيي بن سعيد أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال اني أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لمأكلة ولا تخربن عامرا ولا تغرقن ولا تحرقن نخلا ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا آنس الفتح وصيرورة

فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا (قوله ولا يجوز المن عليهم خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عليه) المن أن يطلقهم مجانا هو يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وما رواه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا (قوله ولا يعقرها خلافا لمالك رحمه الله ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها) لانه

وسيجيء جوابه وقوله (ولا يجوز المن عليهم) المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل (خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر) يعني ابا عزة الجمحي (ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه) للغانمين (فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المغنومة (وما رواه من المن على ابي عزة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة أسارى بدر لان سورة براءة كانت آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستامن فجاز أن يخص منه الاسير قياسا عليهم أو بحديث أبي عزة أو غيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي

(قوله ولقائل أن يقول الخ) أقول مخالف لما اسلفه في أول الكتاب من أنه دليل قطعي فيفيد الفرضية

ولاغرض أصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة أيضا ومالا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم (ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت و يبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية

البلاد دار اسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لانه اتلاف مال المسلمين ألا ترى الى قوله الا تحرقن وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبنى صباحا ثم حرق بني بمجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق (لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر السبب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتي بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثا فألقيته في النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا (وتحرق الاسلحة أيضا ومالا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم) وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعا كي لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب أخي بني عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالاسارى فرقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فقال أبو عزيز مر بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شد يديك به فان أمه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين أقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فأستحي فأردها على أحدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله أعلم (قوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى تخرج الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك) اذا انهزم الكفار وعن أبي يوسف رحمه الله الاحب الي أن لا يقسمها حتى يحرزها فاذا كره الكرخي وعنه ان لم تكن مع الامام حمولة يحملها عليها يقسمها في دار الحرب (وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت) بالهزيمة و يلزمه أن قسمة الامام

عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة (قوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) في الحديث لا يعذب بالنار الا ربها (قوله وأصله) أي وأصل الخلاف (قوله وتبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل

المناط وكذا على المستامن لعدم استحقاق رقبته وحديث أبي عزة متقدم على الآية وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والماكة بضم الكاف وفتحها يعني وكلامه واضح قال (ولا يقسم غنيمة في دار الحرب) قسمة الغنيمة في دار الحرب لا تجوز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام أحب الي (وقال الشافعي رضي الله عنه لا بأس بذلك والأصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت و ينبني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية) أي

له أن سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما فى الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق
ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته
ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا

هناك لا تفيد ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فانه أمضى القضاء فى فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فان الحاجة
موضعها مستثنى * واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين اما بالقسمة حيثما كانت أو
باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم فى دار
الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا
بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف فى عتق الشريك
وتخريج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين فى دار الحرب واحدة من السبي فولدت
فادعاه يثبت نسبه عنده لا لو طئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة
ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا
لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين
وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب
حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك فى المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء
على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأى الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت
جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية
والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا
فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى
قال فى المبسوط والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض
الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبنى على ذلك أيضا ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل فى دار الحرب لا يورث
سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفى للارث ألا ترى أنا نقول
انه يورث اذا مات فى دار الاسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد
يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف الحق قبل
الاحراز باباحة تناول الطعام فى دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الاحراز
بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم فى بيت المال والشافعية ان منعوا الثانى لم يمنعوا الاول
ومنها لو لحق المدد فى دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه فان الثابت للغزاة بعد
الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو أسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا أرباب الاموال
اذا أسلموا بعد أخذها قبل الاحراز لا يملكون شيأ منها بل هم من جملة الغزاة فى القسمة والاستحقاق بسبب
الشركة فى الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره فى النهاية ومعناه اذا لم يؤخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ
لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون فى الغنيمة كالمدد وفى التحفة لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة
لا يضمن عندنا قال وبعد الاحراز بدار الاسلام يتأكد حق الملك ويستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة
يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور فى التحفة ماش مع

منها أن أحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت الامة أم ولد
وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز البيع
ومشاركة المدد والارث اذا مات أحدهم قبل القسمة (قوله ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى
دار الحرب والخلاف ثابت فيه) أى فى البيع والقسمة بيع معنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة لا محالة

كفاية المنتهى منها أن الامام
اذا باع شيأ من الغنائم
لا لحاجة الغزاة أو باع أحد
الغزاة فانه لا يصح عندنا
لعدم الملك وكذا لو أتلف
أحدهم شيأ فى دار الحرب
لم يضمن وكذا لو مات
أحدهم لا يورث سهمه
ولو لحق الجيش مدد قبل
القسمة فى دار الحرب
شاركوهم فى الغنيمة وقوله
(له أن سبب الملك) ظاهر
قوله (والثانى) أى اثبات
اليد الناقلة الى دار الاسلام
(منعدم لقدرتهم) أى لقدرة
الكفرة على الاستنقاذ
(ووجوده) أى وجود
الاستنقاذ (ظاهرا) لكون
المسلمين فى ديارهم

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه

مافى المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ ومادام الحق ضعيفا لاتجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف فى المبيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعى بان سبب الملك يتم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الاسبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما فى الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبنى المصطلق وأوطاس فى ديارهم ولنا منع أن السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة أى قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه مادام فى دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد ألا ترى أن الدار مضافة اليهم فدل أنه مقهور مادام فيها نوعا من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفى القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه فى العين كان ذلك عوضا عن نصيبه فى الباقى بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان فى دار الحرب وكذا المرأة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام فى عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يد على نفسه ويكفى فيه امتناعه ظاهرا فى الحال وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبى صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبنى المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وبثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل فى أن القسمة هل توجب الملك فى دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعى أنه لا مانع من صحتها فى دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك وانما منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو فى دار الاسلام واعلم أن القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز أما اذا قسم فى دار الحرب مجتهدا فلا شك فى الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذى ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا فى أن الخلاف فى عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو فى كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون فى أمر الحرب وربما يتفرقون

فتدخل تحته أى تدخل القسمة تحت النهى (قوله ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد) أى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع أم لا فعلى قوله يثبت وعندنا لا يثبت ثم علل بقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه أى بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الاكل والوطء وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد علمنا أن الملك كان ثابتا له قبل القسمة كما اذا كانت التركة بين الورثة فانه انما تثبت أحكام الملك من الانتفاعات اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لا تثبت بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد من حكم الملك شئ لان الملك لا يثبت قبل هذه القسمة فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة ثم انما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وذكر فى المبسوط وان قسمها فى دار الحرب جاز لانه أمضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه نافذ وقيل الكراهة أى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز

وقوله (ثم قيل موضع الخلاف) أى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع أولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله (لان حكم الملك لا يثبت بدونه) أى بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق

وقيل

وقيل الكراهة وهى كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة فى دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم فى دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ماعرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لماذكرنا (واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعى بعد انقضاء القتال

فر بما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف (هى كراهة تنزيه عند محمد) فالافضل أن لا يقسم فى دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ماقسم الا فى دار الاسلام والافعال المتفقة فى الاوقات المختلفة لاتكون الالداع هى كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان فى المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الامار وى عن أبى يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ماسيأتى من أن من مات من الغانمين لايورث حقه من الغنيمة وأنه لايباع من ذلك العلف ونحوه شئ ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وبجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان أى بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح واذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذى ترجح عنده وكون له مخالف ولا اجماع لايوجب بل لايجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك واذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقيق فى سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لان دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضه شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعى يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة أما اذا تحققت لهم فى دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها فى دار الحرب (قوله والردء) أى العون (والمقاتل) أى المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) فى الغنيمة لايتميز واحد منهم على آخر بشئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق وسنبين سببه فيما يأتى ان شاء الله تعالى (قوله واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم) أى المدد (فيها) وعن الشافعى فيه قولان وماذكرناه بناء على مامهدناه من أن الملك لايتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز أن يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق

وذكر فى المبسوط وقيل من مذهبنا كراهة القسمة فى دار الحرب لابطلان القسمة لما فى القسمة من قطع شركة المدد فتقل بها رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء مايتم به القسمة فلا يمنع جوازها (قوله ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح) بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء بالدليل الذى ذكرنا وأن دليل البطلان محرم والمحرم راجح على المبيح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لان الاجماع ثابت فى الجملة أما عند الشافعى رحمه الله يجوز بكل حال وأما عندنا اذا رأى الامام المصلحة فاذا لم

قوله (وقيل الكراهة) أى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لاعدم الجواز لما فى القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ماتتم به القسمة فلا يمنع جوازها (وهى كراهة تنزيه عند محمد) فانه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة فى دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم فى دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى أن قول محمد على خلاف قول أبى حنيفة فى القسمة فى دار الحرب وليس بمشهور فانه لاخلاف بينهم فى ظاهر الرواية عن أصحابنا وفى غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن أبى يوسف كما ذكرناه وأيضا قوله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة يدل على خلاف مايدل عليه قوله وقيل الكراهة وفى الجملة هذا الموضع لايخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا فى المراد بقوله ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لاتثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لاتجوز القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح (الا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق اما عند الشافعى فيجوز مطلقا وأما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا يتقاعد

عن ايراث الكراهة) لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الحمار قال (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) الردء هو العون والمقاتل هو المباشر فى العسكر فى استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم فى السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الوقعة) عند الشافعى رضى الله عنه (على ماعرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لماذكرنا) من الاستواء فى السبب قوله (واذا لحقهم المدد) ظاهر

وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو بيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد قال (ولا حق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة الا أن يقاتلوا) وقال الشافعى فى أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه أو تاويله أن يشهدها على قصد القتال

المدد الا بثلاثة أمور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه المبنى تأكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعى من صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحها الى أن قال فلم يقسم لهم لا دليل فيه لان وصول المدد فى دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار اسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة فى دار الاسلام وأما اسهامه لابى موسى الاشعرى على ما فى الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه أنا وأخوان لى أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم فى بضع وخمسين رجلا من قومى فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشى فوافينا جعفر بن أبى طالب وأصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وأمرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فاسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا أصحاب سفينتنا فقال ابن حبان فى صحيحه انما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم فى عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح (قوله ولا حق لاهل سوق العسكر) أى (فى الغنيمة) لا سهم ولا رضخ الا أن يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد والشافعى فيه قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعى بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنيمة لمن شهد الوقعة) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ذكره ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضى الله عنه فظهروا فاراد أهل البصرة أن لا يقسموا لاهل الكوفة فقال رجل من بنى تميم أيها العبد الاجدع تريد أن تشاركنا فى غنائمنا وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير أذنى سببت ثم كتب الى عمر رضى الله عنه فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبرانى والبيهقى وقال هو صحيح من قول عمر وأخرج ابن عدى عن على رضى الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابى وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخى من مشايخنا وعلى قول الآخرين (تاويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هى القتال وهو

بسلب الجواز لا يكون أدنى حالا من ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلا حصل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل دليل الحرمة فى سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا هنا (قوله وهو بناء على ما مهدناه من الاصل) وهو أن السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز بدار الاسلام فاذا شارك المدد الجيش فى الاحراز الذى به يتم السبب يشاركونهم فى تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم فى حال القتال كذا فى المبسوط (قوله ولا حق لاهل سوق العسكر) أى لا سهم لهم ولا رضخ لان قصدهم التجارة لا ارهاب العدو واعزاز الدين (قوله فانعدم السبب الظاهر) وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال (قوله وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه) وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على أصل

وقوله (بناء على ما مهدناه من الاصل) يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش فى الاحراز الذى يتم به السبب شاركوه فى تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم فى حالة القتال (وانما تنقطع المشاركة بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة) باطلاقه يفيد نفى السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر فى المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز دين الله وارهاب العدو (الا أن يقاتلوا) فلهم السهم (وقال الشافعى رحمه الله يسهم لهم فى قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) وقوله (ولنا أنه لم توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة (موقوف على عمر رضى الله عنه) ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابى (أو تاويله أن يشهدها على قصد القتال) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس

(وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر فى المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فى هذا أن الامام اذا وجد فى المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان فى بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم فى رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته فى مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم فى رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة فى دار الحرب) لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعى وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلا حق له فى الغنيمة

معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد أمرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذى ينبنى عليه الحكم وأما بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقى وسائس الدواب فان خروجه ظاهرا لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم اليه شيئا آخر كالتجارة فى الحج لا ينتقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا فرع مالو أسر فى دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفى كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذى خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها الا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق الا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين أنه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من أسلم فى دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذى دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شئ لهم (قوله واذا لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره (يقسمها بينهم) فقيل قسمة الغنيمة فى دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها فيقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك فى السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا بطيب من نفسه فهو كمن تلفت دابته فى دار الاسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرها باجر المثل وقوله (لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه احتراز عن مثل ما اذا انقضت مدة اجارة السفينة فى وسط البحر أو البعير فى البرية فانه تنعقد بينهما اجارة باجر المثل جبرا وفى السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعته راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه أنه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة فى دار الحرب فانها تصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله فى المختصر أى القدورى (قوله ولا يجوز بيع الغنائم فى دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الاصل فيه) وهذا فى بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوى أنه يصح لانه مجتهد فيه يعنى أنه لا بد أن يكون الامام رأى المصلحة فى ذلك وأقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغانمين) تقدم

الشافعى رحمه الله فان عنده لا يقلد الصحابى (قوله لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستانفة فى حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة فى وسط البحر فانه تنعقد عليها اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك كذا فى المحيط (قوله ويجبرهم فى رواية السير الكبير) ذكر فيه ويستوى فى ذلك ان رضى به أصحاب الحمولة أو أبوا اذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة لانهم بهذا الاباء قصدوا التعنت فان فى هذا الاستئجار منفعة لهم من حيث أنه تحصل لهم الاجرة بمقابلة منفعة لا تبقى لهم بدون هذا الاستئجار وفيه منفعة الغانمين أيضا فكانوا متعنتين فى الاباء والقاضى لا يلتفت الى اباء المتعنت ولان الاستئجار وبقاء الاجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الامير فمن الامير أولى وبيانه فى

لهم شئ (وان لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (قسمها بين الغانمين قسمة ايداع) وكلامه واضح وقوله (لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستانفة فى حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة فى وسط البحر فانه ينعقد عليه اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك وقوله (وصار كما اذا نفقت دابته) يعنى فى كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله (ويجبرهم فى رواية السير الكبير) ظاهر ويكون الاجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس لان فى هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك وحق أصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لان شركة الملك هى التى لا تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما فى مال بيت المال وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح

مما تقدم قوله (ولا ملك قبل الاحراز) فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم لان بكل منهما يتم الملك والجواب أنه ترك ذكر القسمة فى دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك أولان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية وقوله (وقد بيناه) أى فى مسئلة قسمة الغنيمة فى دار الحرب قوله (ولا باس بان يعلف العسكر) أى دوابهم العلف (فى دار الحرب) وقوله لم يقيده بالحاجة يعنى القدورى فى مختصره (وقد شرطها) يعنى محمدا (فى رواية) هى رواية السير الصغير (ولم يشترطها فى أخرى) وهى رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وعلف ظهره) أى دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أى حقيقة الحاجة فى السلاح وقوله (والدابة مثل السلاح) يعنى فى اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب أما اذا اعتبر فيها الاكل فهى كالطعام (ويستعملوا الحطب وفى بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لان القدورى نفسه قال فى شرح مختصر الكرخى بعدم جواز الانتفاع بالطيب أما الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كما فى العلف وأما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى أكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة

ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجرى فى الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعى من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال (ولا بأس بان يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها فى رواية ولم يشترطها فى أخرى وجه الاولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما فى الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه الصلاة والسلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب لان الغازى لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقى على أصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده فى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال (ويستعملوا الحطب) وفى

تفريعها على عدم الملك قبل دار الاسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا باس بان يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب ضربا فهى معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود اما مأكول أولا وما يؤكل اما يتداوى به كالهليلج أولا فالثانى ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه أو انكسر سيفه أما اذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثرا للملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى

استئجار السفينة على ما ذكرنا وكذلك استئجار الاوعية لحمل المائع فيها مدة معلومة اذا انتهت المدة وهم فى المفازة وكذلك اذا استأجر دابة لحمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانتهت المدة وهم فى المفازة أو مات صاحب الدابة فانه يبتدئ العقد بعد انتهاء المدة ويبقى بعد الموت فى هذه المواضع باجر المثل وبالمسمى فى حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك فى الغنائم اذا تحققت الحاجة الى حملها فان قيل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بلا رضا لان البناء أسهل من الابتداء قلنا لا فرق بينهما لانه فى الحالين يتملك منافع العين باجر المثل لصيانة المال بلا رضا (قوله وقد شرطها فى رواية) ذكر فى المحيط فقد قيد محمد رحمه الله فى السير الصغير الاباحة بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة وفى السير الكبير أباح الانتفاع عليه بحاجة وبغير حاجة فصار فى المسئلة روايتان فما ذكره فى السير الصغير جواب القياس وما ذكره فى السير الكبير جواب الاستحسان حتى أن على رواية السير الكبير يستوى فيه الغنى والفقير فى حل الانتفاع ثم قال وكما يجوز للغازى أن يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته يجوز له أن يأخذ منها مقدار ما يكفى عبيده الذين دخلوا معه ويقومون على دوابهم وحفظ رحالهم وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل دار الحرب ليخدم بعض الجندى باجر فلا يباح له أن يتناول شيأ من الغنيمة وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة (قوله وعلف ظهره) أى دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام (قوله والدابة مثل السلاح) أى تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخبز والزيت أى المراد بالطعام ما هو المهيأ للاكل وفى المحيط وان وجدوا غنما فلا باس بان يذبحوها ويأكلوها ويردوا جلودها فى الغنيمة وذكر هذا الحكم فى السير الكبير فى الجزور وفى الايضاح فى البقر فعلم بهذا أن المهيأ للاكل وما هو غيرمهيأ سواء فى اباحة التناول للغازى وان أصابوا

(قال المصنف ولا باس بان يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا الخ) أقول أى لا باس بان يعلف العسكر دوابهم العلف فالمفعول بهما محذوفان بعض علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطعمها العلف (قال المصنف ويستعملوا الحطب الخ) أقول معطوف على قوله بان يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول القائل هو الاتقانى (قوله واذا لم يكن مأكولا الخ) أقول كدهن البنفسج والخيرى

بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ) ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ماقدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه أحدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا أنه يقسم الامام بينهم فى دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة فى السلاح ولا فرق فى الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع فى الفصلين وان احتاج الكل يقسم فى الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبى حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال

الحرب وكذا الثوب اذا ضره البرد فيستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) محمد رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكره المصنف لان الحاجة فى السلاح والثياب واحد بخلاف السبى لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعنى بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التى لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس فى محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوى سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع فى البدن كالاكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفى من كثرة المشى والراء أى الترقيح خطأ كذا فى المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفى الجمهرة رقح عيشه ترقيحا اذا أصلحه وأنشد

يترك مارقح من عيشه * يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط فى السير الصغير الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها فى السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغنى

سمسما أو زيتا أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطبة أو سكرا أو بصلا أو غير ذلك من الاشياء التى تؤكل عادة للتعيش لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز أن يتناول شيأ من الادوية والطيب ودهن البنفسج وذكر فى الايضاح انما لا يجوز التناول منها لان هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وكل مالا يؤكل ولا يشرب لا ينبغى أن ينتفع منه بشئ قل أو كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط (قوله ويوقحوا به الدابة) توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفى أى رق من كثرة المشى والراء خطأ كذا فى المغرب (قوله وتأويله اذا احتاج اليه) بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازى الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقال فى الايضاح ولا ينبغى أن يستعمل شيأ من الاسلحة والدواب ليبقى بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجة مع وجود الملك (قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه (قوله يباح له الانتفاع فى الفصلين) أى فى فصل الثياب والسلاح (قوله وان احتاج الكل يقسم فى الفصلين) أى فى فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

قوله (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفى من كثرة المشى ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا أولى وأليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطأ وقوله (وتأويله الخ) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازى الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله (وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الخ وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أى لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أى يبيعونه بالعروض وقوله (على ماقدمناه) يعنى أنه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله (يباح له الانتفاع فى الفصلين) أى فى فصل السلاح وفصل الثياب والدواب قال (ومن

(قوله ولا يتمولونه أى يبيعونه بالعروض) أقول قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان يبيعوا فتأمل

(ومن أسلم منهم) معناه فى دار الحرب (أحرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعا (وكل مال هو فى يده) لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهوله

تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندى بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه وينبغى أن يأخذ ما يكفى الداخل لخدمته كعبده لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازى أن يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه فى دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذى ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقى أنبأنا على بن محمد بن بشران أخبرنا أبو جعفر الرازى حدثنا أحمد بن حنبل حدثنا الواقدى عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الاشجعى عن أبى سفيان عن عبد الله بن عمر وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدى فى مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبى أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجىء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقى عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضى الله عنه انا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشىء من ذلك الا بأمرك فكتب اليه دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيأ بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ماذكر فى الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ ولا يتمولونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ماذكر فى الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان فى يده من المنقولات الى آخر ماسنذكر ثانيها أسلم فى دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هنالك فىء الا أولاده الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيأ لان يدهما يد صحيحة على ذلك المال فتدفع احراز المسلم فترد عليه وما أودع حربيا فى ظاهر الرواية فىء وعن أبى حنيفة أنه له لان يده تخلف يده وجه الظاهر أنها ليست يدا صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله وثالثها مستأمن أسلم فى دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فىء لان تباين الدارين قاطع العصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما فى غير الاولاد فظاهر وأما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال رابعها دخل المسلم أو الذمى دار الحرب بامان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فىء لان يده صحيحة لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فأما الارضون فالوجه فيهما ماسنذكر ومن قاتل من عبيده فىء وامرأته الحبلى الحربية وما فى بطنها فىء ووديعته ولو عند حربى له لانه مادام فى دار الحرب فيده عليها ولنأت الى مسئلة الكتاب قال ومن أسلم منهم الخ قال المصنف معناه فى دار الحرب قيد به احترازا عما لو أسلم مستأمن فى دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها حتى صغاره فىء على ماذكرناه وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج الينا أو لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من أن الذى خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير بنيه فلا بد من تقييده بكل من كونه فى دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال) بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد وامالم يقاتلوا (لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهوله) قال محمد حدثنا

والمتاع (قوله ومن أسلم منهم معناه فى دار الحرب) انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام وأسلم لا يصير ماله وأولاده فى دار الحرب محرزا باسلامه وذكر فى الفوائد الظهيرية وهنا مسائل أربع احداها اذا أسلم الحربى

(قوله ومن أسلم منهم) انما احتاج المصنف الى قوله معناه فى دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان أولاده وأمواله كلها فىء والفىء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الاسلام قوله (لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق) لانه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال الحديث) أقول أى مع مال (قوله فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول أى فى هذا الباب

ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهر بن عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذمي) لانه في يد صحيحة محترمة و يده كيده (فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء) وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت

الثقة حدثنا ابن أبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أسلم على شيء فهو له وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح و روى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبي حازم عن عثمان بن أبي حازم عن أبيه عن جده صخر بن العيلة أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى أن قال فدعاه أي دعا النبي صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا أسلموا أحرز وا دماءهم وأموالهم ثم ساقه الى أن قال وسأل نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فانزله اياه وأسلم يعني السلميين وساقه الى أن قال فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع الى القوم ماءهم وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت و يقال ابن أبي العيلة (ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهر بن عليه) وقوله (أو وديعة) أودعها (في يد مسلم أو ذمي لانه في يد صحيحة محترمة) بنصب وديعة (و يده) أي يد المودع (كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء) وماله من زرع قبل أن يحصد لانه تبع للارض (وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول) ولم يذكروا خلافا في شروح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت) وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره فلا يصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول اهـ وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيئا وعند أبي حنيفة هو فيء و وجهه ماذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار و بعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لانها جعلت شرعا سالبة لما في أيديهم وظاهر ماذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فيء فانه قال لصخر حين منعهم ماءهم ان القوم اذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماها مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لا نفس الماء بخصوصه ألا ترى الى قوله أنزلني فانزله اياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث

في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار فالحكم فيها ماذكر أنه لا يغنم نفسه وأولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخره والمسئلة الثانية الحربي اذا دخل دارنا بامان وأسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله وماله و جميع ما خلفه في دار الحرب من أولاده الصغار فيء والثالثة اذا أسلم الحربي في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هنالك فيء الا أولاده الصغار والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم أموالا وله أولاد استعهم مع نفسه في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فالجواب فيه على نحو ما بينا في حربي أسلم في دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا في فصلين أحدهما أن أولاده الكبار هنا لا يصيرون فيئا لانهم مسلمون والثاني أن ما كان وديعة له عند حربي لا يصير فيئا على رواية أبي سليمان رحمه الله وعلى رواية أبي حفص رحمة الله تعالى عليه يصير فيئا (قوله لانه في يد صحيحة) احتراز عن يد

وقوله (في يد صحيحة) احتراز عن يد الغاصب وقوله (محترمة) احتراز عن يد الحربي قوله (وقيل هذا) أي كون عقاره (فيأ قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر) قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن في العقار أن أجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان عنه أيضا روايتان فقد هان الخطب اذ ذاك قوله (عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان اليد على البقاع انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم

(قال المصنف أو وديعة) أقول عطف على قوله في يده (قال المصنف ولنا أن العقار الى قوله وسلطانها) أقول قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل (قوله وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول فيه

وعند محمد تثبت (وزوجته فيء) لانها كافرة لاتتبعه فى الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولاتصير مسلمة تبعا لزوجها اذهو من باب الاعتقاد (وكذا حملها فيء خلافا للشافعى رضى الله عنه) فى الحمل (هو يقول انه) أى الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لايسترق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهى قد صارت فيأ بجميع أجزائها ألاترى انه لايجوز ان يستثنى الجنين فى اعتاق الام كما لايستثنى سائر أجزائها فكما أن الحمل لايصير عبدا عند اعتاق الام مستثنى بحال وكذا فى الاسترقاق لايصير الجنين مستثنى بعد ماثبت الرق فى الام وقوله

(وزوجته فيء) لانها كافرة حربية لاتتبعه فى الاسلام (وكذا حملها فيء) خلافا للشافعى هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (وأولاده الكبار فيء) لانهم كفار حربيون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده فيء) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم (وما كان من ماله فى يد حربى فهو فيء) غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا فى يد مسلم أو ذمى فهو فيء عند أبى حنيفة وقال محمد لايكون فيأ) قال العبد

لكن قد ضعف أبا نا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال (وزوجته فيء لانها كافرة حربية لاتتبعه فى الاسلام وكذا حملها فيء) وان حكم باسلامه تبعا لخير الابوين دينا (خلافا للشافعى هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون) لايتبعونه فى الاسلام ولاخلاف فى هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (فيء) خلافا للائمة الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولاصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله فى يد حربى غصبا فهو فيء) لارتفاع يده بالغصب واليد التى خلفت ليست صحيحة ولا محترمة ولان الحربى الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه أبو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربى عنده خلافا للائمة الثلاثة فى الفصلين لاطلاق الحديث ولابى يوسف ومحمد فى فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت فى يده حقيقة لاتكون فيأ فكذا اذا كانت فى يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس فى يده حقيقة ولا حكما ولابى حنيفة أن يد الحربى ليست محترمة ألاترى انها لاتدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربى لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لابوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوما لعصمة صاحبه أجيب بجوابين أحدهما أن المال فى الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما ينعصم تبعا لعصمة مالكه وتبعيته له فى العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير المحترمة انما هى يد الحربى الحقيقية الثانى أن قيام يد المودع حقيقى وهو الحربى وقيام يد المودع المسلم حكمى فاعتبار الحكمى ان أوجب العصمة فالحقيقى يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ورد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه فى يد الحربى والنص يوجب فى ملكه العصمة بالاسلام وأما ما كان غصبا فى يد مسلم

الغاصب محترمة احترازعن يد الحربى (قوله وما كان من ماله فى يد حربى فهو فيء غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة) لانها لاتدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الوديعة وما كان غصبا فى يد مسلم أو ذمى فهو فيء عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايكون فيئا قال رضى الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف فى السير الكبير وذكروا فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع قول محمد رحمهما الله قال صاحب النهاية رحمه

(والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام أبيه وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذا قوله (وأولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار) وأهل الدار فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم أتباعه (وقوله وما كان من ماله فى يد حربى فهو فيء غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة) اعترض عليه بان ما قام مقام غيره انما يعمل بوصف الاصل لابوصف نفسه كالتراب مع الماء فى التيمم ولما كان الحربى مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لاغير محترم نظرا الى الحربى وأجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقى وقيام يد المالك عليها حكمى واعتبار الحكمى ان أوجب العصمة فاعتبار الحقيقى يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال فى أصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله (وما كان غصبا فى يد مسلم) اختلف نسخ الهداية فى هذا الموضع فبعضها وقع

الضعيف

شئ (قوله وأجيب بان قيام يد المودع الخ) أقول خلاصة الجواب أن العمل بوصف الاصل انما يكون اذا لم يكن له معارض وههنا وجد المعارض وهو الاباحة الاصلية (قوله مع الاحترام) أقول أى احترام اليد الحقيقى

الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى انها ليست بمتقومة الا أنه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك

أو ذمي فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافا لهما وقال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيأ الى ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو في وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيأ وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها) وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام) بل معه بسبب اندفاع شره به فانما هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حمل الامانة (واباحة التعرض) كان (بعارض شره) فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل (بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) في الاصل (وليست في يده) حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب

الله هكذا وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لا يصح أصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في ذينك الكتابين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذكر قوله وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لانه حينئذ يكون تكرارا محضا مع تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا مكان قوله وقالا مع أبي حنيفة رحمه الله مكان قوله مع محمد رحمه الله ثم قال رحمة الله تعالى عليه ولكني تتبعت بتوفيق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما وجدتها في الكتب ثم وضعتها كما وضع الهناء مواضع النقب قلت والصحيح من النسخ هو أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال محمد رحمة الله تعالى عليه لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير هكذا وهكذا أيضا في المحيط ولم يذكر فيه قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه والصحيح أيضا في الثاني هو أن يقال وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى لان الامام فخر الاسلام البزدوي رحمة الله تعالى عليه ذكر في الجامع الصغير ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو في وهذا قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكون فيئا وهكذا أيضا ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما (قوله ألا ترى أنها ليست بمتقومة) حتى

هكذا وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في عند أبي حنيفة وقالا لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو في عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة أنه) أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي سلم (مال مباح) لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله (والنفس لم تصر معصومة باسلامه) جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لا نسلم أنها صارت معصومة باسلامه (ألا ترى أنها ليست بمتقومة) حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك أجاب بقوله (الا أنها محرم التعرض في الاصل) يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار أن النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة

بما كلفت به (واباحة التعرض) انما هي (بعارض شره وقد اندفع بالاسلام) فعادت الى أصلها لا باعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) فكان المقتضي موجودا والمانع منتفيا لان المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد أحد فكان فيأ

(قوله لعدم الاحراز) أقول أي لعدم احراز الحربي الذي أسلم (قوله وتقريره لا نسلم أنها صارت معصومة الخ) أقول الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن اثبات اليد وظاهر أنه لا مجال لمنعه

وليست فى يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف أو طعام رده الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم وعن الشافعى مثل قولنا وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان أحق به قبل الاحراز فكذا بعده و بعد القسمة تصدقوا به ان كانوا أغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لا شئ عليه لقيام القيمة مقام الاصل فأخذ حكمه

(فصل فى كيفية القسمة) قال (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين

بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضى أن يزول ملكه الى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا اللهم الا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست فى يده حكما) أنث على تأويل الاموال *(فروع)* أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لانه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا فلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولى الجناية فى رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولى الجناية فاما الدين ففى ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لماليته فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون فى غنيمة أى ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولى الجناية كان ثابتا فى قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال (قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة) التى كانت فى دار الحرب انما كانت (باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام أو علف رده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسم) الغنيمة فى دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز رد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعى فى قول (وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو الاثنان الى دار الحرب اذا أخذ شيأ فاخرجه يختص به قلنا مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما أحق به قبل الاخراج وبعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما أو بقيمته ان كانوا باعوه هذا ان كانوا أغنياء وان كانوا محاويج فقراء انتفعوا به ان كان قائما (لانه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لتفرقهم وان كانوا تصرفوا فيه فلا شئ عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغنى لا الفقير (لقيام القيمة مقام الاصل) وأخذها حكمه

(فصل فى كيفية القسمة) قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا (قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) أى عن القسمة بين الغانمين (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) هذا قول القدورى (وقال المصنف لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس) أى الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء بمعنى الاخراج وهو من استثنيت الشئ

لم يجب القصاص والدية على قاتلها فى دار الحرب (قوله وليست فى يده حكما) لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المغصوب منه فلا يكون ما فى يد الغاصب فى يد المغصوب منه حكما فيجعل كانه ليس فى يد أحد فكان فيئا (قوله لتعذر الرد على الغانمين) لقلته جدا أو لتفرقهم والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية القسمة) (قوله استثنى الخمس) سماه استثناء من حيث أن حكمه يخالف حكم أربعة الاخماس كما أن حكم المستثنى منه يخالف حكم المستثنى الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية الكر الصولة

قوله (واذا خرج المسلمون) ظاهر وقوله (معناه اذا لم تقسم) يعنى الغنيمة وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فانه اذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام فهو مباح سبقت أيديهم اليه قوله (وبعد القسمة تصدقوا به) أى اذا جاؤا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة فى دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج أى محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعنى لتفرقهم وقوله (فأخذ حكمه) أى أخذت الغنيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل ما يقوم أو على تأويل المذكور يعنى لو كان فاضل الغنيمة الذى كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

(فصل فى كيفية القسمة) لما بين أحكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع فى مكان معين (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس) أى أخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين)

(فصل فى كيفية القسمة)

(ثم

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (وقالا للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لما روى ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير

أي ز و يته لنفسي فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسها اليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتي و يعطى الاربعة الاخماس للغانمين (فعند أبي حنيفة) و زفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري وأخرجه الستة الا النسائي وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفي ر واية باسقاط لفظ النفل وفي رواية أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من أول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائلة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة ألفا وأربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله (ولان الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكر) أي الحملة على الاعداء (والفر) الكائن للكرة أو للنجاة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم أنه مقتول ان لم يفر كيلا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة (والثبات وليس للراجل الا الثبات) فاغنى في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وأخرجه أيضا من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا الباب أحاديث منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان أحد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا أوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله أفتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش ألفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما قال أبو داود وهذا وهم وانما كانوا مائتي فارس فاعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال فاعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب وأما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفي سنده الواقدي وأخرج الواقدي أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي بسهم ولفرسي بسهم وأخرج ابن مردويه في تفسيره حدثنا أحمد بن محمد بن السري حدثنا المنذر بن محمد حدثنا أبي حدثنا يحيى بن محمد بن هانئ عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة

والحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل أن يكون الكر اشد كان هو من الجهاد أو الفرار في موضع

بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا أنما غنمتم من شيء أضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال تعالى فان لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في أصول الفقه وأما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم أيضا ايصالا للحق الى مستحقه ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهما (عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا وهو قول الشافعي رضي الله عنه للفارس ثلاثة أسهم) ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالمد والفتح الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب المنهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة

(قوله ثم قال فان لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاه) أقول كقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث (قوله ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع) أقول في العبارة مسامحة وكان الظاهر أن يقول وأما الاجماع فلان الخ

ولابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد

قالت أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بنى المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذى عارض به المصنف رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا أبو اسامة وابن نمير قالا حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما اهـ ومن طريقه رواه الدارقطنى وقال قال أبو بكر النيسابورى هذا عندى وهم من ابن أبى شيبة لان أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبى اسامة خلاف هذا يعنى انه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ثم أخرجه عن نعيم بن حماد حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك أن نعيما ثقة وابن المبارك من أثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب أخبرنى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن أبى مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمرى ورواه القعنبى عن العمرى بالشك فى الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد ابن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد ومن روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخى لكن رواية السهمين عنه أثبت وروى الدارقطنى أيضا فى كتابه المؤتلف والمختلف حدثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزى ومحمد ابن على بن أبى رؤبة قالا حدثنا أحمد بن عبد الجبار حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض فى حديث ابن عمر بل فى فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر أيضا ترجح النفى بالاصل وهو عدم الوجوب وبالمعنى وهو (أن الكر والفر جنس واحد) والثبات جنس فهما اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة فى الغناء ضرورة وان تعذر معرفة الزيادة فى القتال حقيقة لان كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما (يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان) فى الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف وقول المصنف (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر فى البخارى فهو أصح قلنا قدمنا غير مرة أن كون الحديث فى كتاب البخارى أصح من حديث آخر فى غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخارى تحكم محض لا نقول به مع أن الجمع وان كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من ابطال أحدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما أولى من اهمال أحدهما بعد كونه

الفرار محمود لئلا يرتكب النهى فى قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة (قوله واذا تعارضت روايتاه) أى روايتا ابن عمر رضى الله عنهما وهى روايتهما عنه على وفق مذهبهما ورواية أبى حنيفة رحمه الله تعالى عليه أيضا على وفق مذهبه يرجح رواية غيره وهى رواية ابن عباس رضى الله عنهما وهذا لان من تعارضت روايته كان احتمال النسخ بروايته نفسه وبرواية غيره وخبر من لا تعارض فى روايته لا يحتمل النسخ الا من رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه أقل فكان أولى (قوله ولان الكر والفر من جنس واحد) اذ نفس الفرار ليس بمستحسن بل الفرار انما حسن اذا فعل لاجل الكر فحينئذ يكونان من جنس واحد فلا يعتبر نوعا آخر

(ولابي حنيفة رضى الله عنه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما) وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل أن الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود فى مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق وقوله (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أى سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعنى رواية ابن عباس

(قوله والمسلك المعهود) أقول الواو حالية

وقوله (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد (ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعـذر لانها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (وللفارس سببان نفسـه والفرس وللراجل سبب واحد) وهو نفسـه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه) (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) واضح وحاصل

فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجـل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا يسهم الا لفرس واحـد) وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين

سندا صحيحا على ماذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غـير معروف وخطئ من عزاه لابن أبي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هنالك من أنه يفيد أن المصـير أولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به حينئذ يصار الى القول وليس كذلك هـذا *واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر فانه روي من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حـديث ابن أبي عمرة عن أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الانماري والبزار من حديث المقـداد وأخرجه اسحق بن راهويه من حـديث ابن عباس وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير وأخرجه الدارقطني أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال منها ما لا ينافي قول أبي حنيفة لانك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيـل في تلك الوقعة ونص حديث ابن أبي عمرة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعنا فرس لا ينافيـه وكذا حـديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شـهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسـلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما بل هـذا ظاهر في أنه ليس أمره المستمر والا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليـه الصلاة والسـلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هـذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في أن غـيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطـني لحـديث الزبير أعطاني يوم بدر وفي رواية له أخرى عنه يوم خيبر ولا تنافي اذ جاز كونه قسم له ذلك فيهـما وما في حديث سهل بن أبي حثمـة أنه شـهد حنينا فأسـهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظـة انه عليـه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسـهم له سهم ولفرسـه سهـمان لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليـه الصلاة والسلام وقد بقي حديث بني المصـطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة هذا وأما حـديث أبي كبشة عن النبي صلى الله عليـه وسـلم قال اني جعلت للفرس سـهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لانه رواية محمـد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) أي اذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر وهذا قول مالك والشافعي (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم سهم له وأربعة أسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف وانما هو في رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روي (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روي من

بل يعتبر زيادة غناء والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء اذ بعضـهم لابد أن يكون أغنى من بعض (قوله لتعذر معرفته) أي معرفة مقدار الزيادة لان تلك انما تظهر عنـد المسايفة والمقابلة عنـد التقاء الصفين وكل منهم

قال المصنف (فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل الخ) أقول قال الزيلعي مـع انا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة الا يرى أن الشاكي بالسـلاح أكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رووه محمول على التنفيل كما روي أنه عليـه الصلاة والسـلام أعطى سلمة بن الاكوع رضي الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل وهو كان راجلا أجيرا لطلحة والاجـير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما أعطاه رضخا لجده في القتال وقال خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة اهـ فيـه بحث ان شئت فانظر الى شرح الاتقاني حيث قال فان قلت السوقي من أهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازي لا سهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم لسائر الغزاة والعبد اذا قاتل لا يـسهم له بل يرضخ فما الفرق قلت ان العبد تبع فانحط رتبة بخلافهما حـين القتال لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سـقط أجرة زمان القتال مع العدو عن المستأجر اهـ قال الزيلعي الاجير لا يسـهم له لانه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة اهـ (قوله لان النفس الفرار الخ) أقول كان فيه اشارة الى جواب قوله والفرار في موضـعه محمود الخ فانه ممنوع ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهي وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم

ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

حديث أبي عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي أربعة أسهم ولي سهما فاخذت خمسة أسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول أن الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به وقال الشافعي في دفعه وهشام أثبت في حديث أبيه الى أن قال وأهل المغازي لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنهم قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام بأربعة أسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا أحسن الا أن قوله أهل المغازي لم يرووا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وقال أيضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس لزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام أفراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن أوس فرسين وقاد أبو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهما له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور حدثنا فرج بن فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى أبي عبيدة بن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد أيضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وأما ما ذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن علي بن قرين عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبي صعصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم الا أن هذه غرائب وقال مالك في الموطا لم أسمع بالقسم الا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال (كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة

الدليلين ووقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وقوله (وما رواه محمول على التنفيل الخ) استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه أو تأويل له

قال المصنف (فلا يكون السبب الظاهر) أقول أي لاستحقاق الغنيمة

مشغول بشانه في ذلك الوقت فتعذر الوقوف عليه (قوله فلا يكون السبب الظاهر) وهو المجاوزة مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد وقال في الاسرار فالمبدء معتبر على ما يؤول الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عاقبة أمرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة أرهاب بزيادة الفرس (قوله كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين) أحدهما على سبيل التنفيل لجده في القتال فانه قال عليه الصلاة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة رضي الله

(والبراذين

(والبراذين والعتاق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل فى الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربى ان كان فى الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعى على عكسه فى الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن أبى حنيفة فى الفصل الثانى أنه

فساق الحديث بطوله الى أن قال فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم أعطانى سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لى جميعا ورواه ابن حبان قال وكان سلمة بن الاكوع فى تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدى فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندى أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه والا لم يسم نفلا بل هبة وخبر سلمة واللقاح مفصل فى السيرة (قوله والبراذين) وهى خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق أى كريم رائع وهى كرام الخيل العربية فالبراذين والخيل العربية هما (سواء) فى القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر فى الكتاب من أن اطلاق الخيل يشملهما وكذا الارهاب ولان فى كل خصوصية ليست فى الآخر فالعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطفا من العربى غير صحيح لان هذا أثر مع التعليم والعربى أقبل للادب من العجمى من الخيل وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمى بعيد و يمكن أن يكون ذكره لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف وفى سيرة ابن هشام حدثنى أبو عبيدة قال كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى سلمان بن ربيعة الباهلى وهو بارمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف فى العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس يعنى ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو

أتوعدنى كأنك ذو رعين * بأفضل عيشة أو ذو نواس
وكائن كان قبلك من نعيم * وملك ثابت فى الناس راسى
قديم عهده من عهد عاد * عظيم قاهر الجبروت قاسى
فأمسى أهله بادوا وأمسى * يحول من أناس فى أناس

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أى هلك فقاتل راجلا (استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى) فى دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل وجواب الشافعى على عكسه) فى الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك فى الفصل الثانى عن أبى حنيفة) أى فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا

تعالى عنه ونظيره نفقة الخادمين للمرأة (قوله والبراذين والعتاق سواء) انما ذكر هذا لان أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا البرذون فرس العجم والجمع البراذين وخلافها العراب يقال فرس عتيق أى معجب رائع والجمع العتاق و يقال عتاق الطير والخيل كرائمهما والهجين هو ما يكون أبوه من الكوادن وأمه من العربى المقرف ما يكون أبوه عربيا وأمه من الكوادن والكوادن البرذون يوكف و يشبه به البليد (قوله فى الفصل الثانى) وهو ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا روى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليهما أن له سهم فارس وفى ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان كذا فى المحيط (قوله وهكذا) معطوف على قوله وجواب الشافعى

(والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الخيل والطير لكرائمهما والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه عربية والكودن البرذون و يشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (ألين عطفا) بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا لبيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله (وهكذا) أى كقول الشافعى رضى الله عنه (روى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى الفصل الثانى) يعنى ما اذا دخل دار الحرب راجلا

(قوله والمقرف عكس الهجين الخ) أقول فى الصحاح والقاموس الاقراف من قبل الفحل والهجنة من قبل الام فما فى الشرح مخالف لما فيهما قال

ثم اشترى فرشاوقاتل فارساوفى ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا فى وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى حد دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حد دار الاسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أى تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة

ودليله يدل على ذلك وكأن المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أى عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا وقوله (كالخروج من البيت) يعنى للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به فى اعتبار حال الغازى من كونه راجلا أو فارسا وكذلك فى هذه الوسيلة وقوله (وتعليق الاحكام) جواب عما سنذكر فى تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه أن الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبى اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمى ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا أو فارسا بحالة هى أقرب الى القتال وهى شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لان القتال اسم لفعل يقع به العدو وخوف ومجاوزة الدرب قهرا وشوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد أصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لان ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسا دائما الا انه لا بد له من أن ينزل فى بعض المضايق خصوصا فى المشجرة أو فى الحصن أو فى البحر وقوله (ولان الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا

يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضى اليه ظاهرا

فقاتل عليه أن له سهم فارس وظاهر المذهب الاول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب له أن السبب) فى استحقاق الغنيمة اذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لانها انما هى (وسيلة الى السبب) أى العلة الحقيقية (كالخروج من البيت) لقصد القتال فى دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحالة الغازى عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبى أو العبد أو غيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا فى حق استحقاق الغنيمة وانه غير متعذر (ولو تعذر أو تعسر فبشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال) من المجاوزة (ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها) والاغاظة (والحال بعدها حال بقاء القتال) الا أنه تنوع القتال الى المجاوزة الى دارهم وسلوكها قهرا بالمنعة لاهلاكهم والى حقيقة المسايفة (ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه فى حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبى والعبد فانه يتيسر فى حقهم عليه دون سائر الناس فيقام فى حق الكل السبب المفضى الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر فى حق العامة وأما ما قيل فى التعذر بان الشهادة من أهل العسكر

رحمة الله تعالى عليه (قوله والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا فى المغرب والمراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين أى دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب وهذا رواية عن الشافعى رحمة الله تعالى عليه والظاهر من مذهبه أنه يعتبر بمجرد شهود الوقعة كذا فى النهاية (قوله وتعليق الاحكام بالقتال الخ) جواب بطريق المنع عن قولنا ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الاحكام ما اذا قتل فى القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق (قوله ولو تعذر أو تعسر) يريد به ولو سلم بعسر الوقوف تعلق بشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال قلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر فقد يتحقق القتال فى الشاجر والغياض والمضايق وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين وما ذكر من تعليق الاحكام قلنا ذلك فى حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم ألا ترى أنه غير مقدر بشئ فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه كذا فى المبسوط (قوله ولا معتبر بها) بدليل

قال المصنف (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول لم يجب عن قول الشافعى وتعليق الاحكام الخ اذ هو أيضا لم يقل بوجوب حد ثم لم يعتبر نفس

اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح أنه يسقط لان البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه الا أنه ينتظر عزته (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى أنه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمى ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال

لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا فانه ينتقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه ألا ترى الى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة ولا بينة الا أهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو للشجرة أو لانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلاقوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو آجره أو رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا اذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الاصح انه يسقط) لانه ظهر أن قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل انه عن له غرض الآن فيه اما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظارا لحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا أن يزاد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فان الرضخة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الامام) وسواء قاتل العبد باذن سيده أو بغير اذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان

انه لا تعتبر صيرورته راجلا أو فارسا بعد المجاوزة عندنا و بعد شهود الوقعة أو انقضاء الحرب عند الشافعي رحمه الله تعالى عليه على اختلاف الاصلين وكذا بالاجماع لا معتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف

قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم

القتال في استحقاق الغنيمة فليتأمل

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا أنه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

لا يسهم الخ أخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه أن ليس لهما شيء الا أن يحذيا وفي أبي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كتاب ابن عباس رضي الله عنهما الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن وأخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى أبي اللحم قال شهدت خيبر مع ساداتي الى أن قال فأخبر أني مملوك فأمر لي بشيء وأما في أبي داود والنسائي عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا فيه الغضب فقال مع من خرجتن وباذن من خرجتن فقلن يارسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقي السويق فقال قمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الاوزاعي وقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواته وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلاة والسلام استطاب أنفس أهل الغنيمة وقال غيره يشبه أنه انما أعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن أن يكون كون التشبيه في أصل العطاء وأراد بالسهم ما خصصن به والمعنى خصصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم أتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير النفير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس أهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستأجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته من القتال من أجرة الاجير لانهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعا في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي رحمه الله وأحد في قوله وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس وفي قول للشافعي رحمه الله من خمس الخمس وقال مالك رحمه الله من الخمس (ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل) وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر ان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كذا ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر وأما من يجيز اقامة الظرف والجار والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام

فوت الفارس لانه المستحق ولا استحقاق بعد فوات المستحق (قوله والاول ليس من عمله) يعني أن الدلالة

(قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لانه انما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال وأجيب بان الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل تثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها وأما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والاول ليس من عمله) أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم) وقال الشافعى لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم

تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى أن قال له فى المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب بن اساف قال أتيت أنا ورجل من قومى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يارسول الله انا نستحيى أن يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال أتسلمان فقلنا لا فقال انا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربنى ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لاعدمت رجلا وشحك هذا لوشاح فاقول لاعدمت رجلا عجل أباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور فى ذلك حديث أبى يوسف رحمه الله أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف وأسند الواقدى الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم وأسند الترمذى الى الزهرى قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفى سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهرى وقتادة شيأ ويقول هى بمنزلة الريح ولا شك أن هذه لا تقاوم أحاديث المنع فى القوة فكيف تعارضها وقال الشافعى رحمه الله رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ثم انه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع واستعان فى غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك فالرد ان كان لاجل انه مخير بين أن يستعين به وان يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ولعل رده من رده فى غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أى الذى تقدم أنه يخرجه أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذو القربى لا تحل لهم هذا رأى الكرخى وسيأتى رأى الطحاوى أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى فى سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم واليتيم صغير لا أب له والمساكين منهم فى سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى فى أبناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم أجيب بان فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيأ لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر فى التأويلات للشيخ أبى منصور لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن أجاب بان أفهام بعض الناس قد تفضى الى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفى التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما فى الصدقات (وقال الشافعى لذوى القربى خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم) وبقول الشافعى قال أحمد وعند مالك الامر مفوض الى رأى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء أعطى بعضهم دون بعض وان شاء أعطى غيرهم ان كان أمر غيرهم اهم من أمرهم (ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة المرادة هنا تخص بنى هاشم وبنى المطلب فالخلاف فى دخول الغنى من ذوى القربى وعدمه وقال المزنى والثورى

ليست من الجهاد فجاز أن يزاد بها على سهم الجهاد ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم ولا كذلك القتال فانه لا

قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى فى الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وأبناء السبيل منهم يدخلون فى أبناء السبيل وسبب الاستحقاق فى هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما فى الصدقات (ولا يدفع الى أغنيائهم وقال الشافعى رضى الله عنه لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس وبنى نوفل

(لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير) فيشتركان (ولنا أن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ماقلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان اجماعا وقوله (وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم) دليل على انه لم يصرف الى أغنيائهم شئ لانه قال (يابني هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء) يعني ان المعوض وهو الزكاة لايجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لايدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لايكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اماان يكون ثابتا صحيحا أولا فان كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لايصح الاستدلال به أجيب بان لهذا الحديث دلالتين احداهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ماذكرنا والثانية جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عمن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلاة وهو لايقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحداهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ماذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بني هاشم و بني المطلب

لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ماقلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يامعشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء

يستوي فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر اطلاق النص (له اطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير) ولان الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنتفي مناسبتها بالغنى لانه لايبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ماقلنا وكفى بهم قدوة) ثم انه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل و روى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سألت أبا جعفر يعني محمد بن علي فقلت أرأيت علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وماولي من أمر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل أبي بكر وعمر قلت وكيف وأنتم تقولون ماتقولون قال أما والله ما كان أهله يصدرون الا عن رأيه قلت فما منعه قال كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبي بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية أبي يوسف عن الكلبي فان الكلبي مضعف عند أهل الحديث الا أنه وافق الناس وانما الشافعي يقول لا اجماع بمخالفة أهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور أنه الصواب لانه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما وقد علم أنه خالفهما في أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا أنه رجع الى رأيهما ان كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعي عن أبي جعفر محمد بن علي قال كان رأي علي في الخمس رأي أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون أهل البيت لانا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم في اعتقاده فلم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل له وكذا ماروي عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان في الاول كذلك ثم رجع ولئن لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى فان قيل لو صح ماذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى أصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لانه أعطاهم بلا شبهة أجاب على قول الكرخي أن الدليل دال على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام يامعشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم في الزكاة وأسند الطبراني في معجمه حدثنا معاذ ابن المثنى حدثنا مسدد حدثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحرث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات فاتيا النبي صلى الله عليه

تجوز فيه الزيادة على السهم لانه حينئذ تلزم المساواة بين المسلم والكافر ولا مساواة بينهما

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام عال فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه

وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شئ ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره حدثنا أبي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت لكم عن غسالة أيدي الناس ان لكم من خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم في كون العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيأ من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلاة والسلام الاغنياء منهم كما روي أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم وهو خلاف ما نقلتم عنهم انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة وبعكر ما سيرويه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهما مع أنه لم يعرف اعطاء عمر بقيد الفقر مروياً بل المروي في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير ابن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيأ كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم أرسله الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه أحد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيأ لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي أنه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك أن ذوي القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه الى غيرهم

(قوله عال فقال انهم لم يزالوا معي) هكذا عن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس يوم خيبر وقسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب فكلمه عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضي الله تعالى عنهما قالا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب في القرب اليك على السواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزالوا معي في الجاهلية والاسلام ومعنى الحديث أن أصل النسب هو عبد مناف وكان له أربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عليه السلام

أجاب بقوله (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام عال فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه) وقصته ما روي عن جبير بن مطعم أنه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان ابن عفان حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه وأشار الى نصرتهم واذا كان كذلك

دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال (فما ذكر الله تعالى فى الخمس فانه لافتتاح الكلام

خصوصا وقد رأوهم أغنياء ثم واين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم أنفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغى أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوى انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه أضافه اليهم لاحق انه لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخا و يدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم فى حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القربى مصرفا غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم فى الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغنى مصرفا صح الصرف اليه وأجزأ لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غنى ذوى القربى عندهم كذلك هذا وأما انه يكون لبنى هاشم و بنى المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما فى أبى داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال أخبرنى جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى فى بنى هاشم و بنى المطلب وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضى الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذى وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا و بنو المطلب لا نفترق فى جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه أشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة فى الجاهلية فانه ليس اذ ذاك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم معه فى الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بنى هاشم وأن لا يبايعوهم ولا ينا كحوهم والقصة فى السيرة شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع أنهم لا يتأتى منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد أعنى عبد مناف له أولاد هاشم الذى من ذريته النبى صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل و بنى عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة فقتضى استحقاق ذوى القربى أن يستحق الكل على قول الشافعى أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التى تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين اهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا (قوله فما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولكذا وكذا ان له سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى فى افتتاح الكلام ليتبرك به بذكر اسمه تعالى فان لله ما فى السموات وما فى الارض فسهم الله تعالى و رسوله

(دل على ان المراد بالنص) أعنى قوله ولذى القربى (قرب النصرة لا قرب القرابة) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع فى الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق فى جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذرارى واذا ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهى بانتهاء علته قال (فما ذكر الله تعالى فى الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة فى النص فقال فما ذكر الله تعالى فى الخمس يعنى قوله تعالى فان لله خمسه (فانه لافتتاح الكلام

كان من أولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم أولاد جده و جبير بن مطعم كان من بنى نوفل وعثمان بن عفان كان من بنى عبد شمس وولد جد الانسان أقرب اليه من ولد أخى جده فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بنى المطلب فى القرابة أسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا أقرب اليه من بنى المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا أخوى هاشم لاب وأم والمطلب كان أخا هاشم لابيه لا لامه ثم أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبنى المطلب ولم يعط ابنى نوفل وبنى عبد شمس فاشكل ذلك عليهما (قوله دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة) وانما أراد نصرة الاجتماع اليه للمؤانسة فى حال ما هجره الناس على ما روى أن الله تعالى لما بعث رسوله من بنى هاشم و رأى قريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاهدوا أن لا يجالسوا بنى هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه وتعاهد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنو نوفل و بنو عبد شمس فى عهد قريش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتى دخلوا معهم الشعب وكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا فى المبسوط (قوله فما ذكر الله تعالى فى الخمس) وهو قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان

تبركا بذكره وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي) بالاجماع (لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته) لان الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة (ولا رسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر (٣٤٧) (وقال الشافعي رضي الله عنه يصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه) أنه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لايقال قوله وسهم ذوي القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ماذكره أولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدوري قال أي القدوري (وبعده) أي بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أي استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الاجماع) يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة ولايظن بهم أنه خفي عليهم النص أو منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي رضي الله عنه الاجماع وسنده ماروى عن أبي جعفر محمد بن علي رضي الله عنهم قال كان رأي علي في الخمس رأي أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبابكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون أهل البيت لاينعقد وقلنا لايحل للمجتهد أن يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ماروى دل انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولان فيه) أي في سهم ذوي القربى (معنى الصدقة) لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقيرا اذ لو لم يكن فقيرا لايجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا فلما كان

تبركا باسمه وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفي) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه (وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لما روينا قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف

واحد وقال أبو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيته الكعبة ان كانت قريبة والافالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روى عن ابن عباس رضي الله عنه رواه الطبراني في تفسيره عن أبي كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قرأ واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله مافي السموات ومافي الارض وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل تكون في ستة (قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية) قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به علي رضي الله عنه بعد أن قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه (وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة) لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المصنف (والحجة عليه ماقدمناه) أي من أن الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لانفسهم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم مايغني فيه وقوله (كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) يعني ماتقدم من حديث جبير بن مطعم (وبعده بالفقر) لايخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى اما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة

لله خمسه كان ابن عباس رضي الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله للتبرك ومفتاح الكلام وقال أبو العالية يقسم على ستة أسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقربها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى (قوله والحجة عليه ماقدمناه) وهو أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فحل محل الاجماع وبه تبين أن قسمة النبي عليه السلام ما كانت بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز اذ لايظن بهم خلافه عليه السلام يؤيده ماروى عنه عليه السلام سهم ذوي القربى لهم في حال حياتي وليس لهم بعد مماتي ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت بوفاته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لعدم علته وهي النصرة فان قيل لايجوز أن يتعلق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذراري وليسوا باهل النصرة قلنا ما كانت هذه نصرة قتال وانما كانت نصرة اجتماع اليه في الشعب للمؤانسة في

عصمه الله هذا الذى ذكره قول الكرخى وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة (واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ لم يخمس) لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيأ خمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام أن ينصرهم

فى الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقا فى الحياة وبعد الممات واما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أى فى حياته وبعد مماته فليس الوجه فيه الا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا أن الصرف اليهم كان واجبا عليه كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم وأما فقراؤهم فالاولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق فى التقرير وانما قال (وقيل هو الصحيح) أى قول الكرخى لان من المشايخ كشمس الائمة من رجح قول الطحاوى عليه غير أن توجيهه بان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم فيما تقدم وقوله (والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء (قوله واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ) جمعه نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى أن الكلام أيضا فى قوله فاخذوا ويمكن كونه تنبيها على أن الثلاثة أيضا مراد أى اذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير اذن الامام (فاخذوا شيأ لم يخمس) وقد صرح بان الثلاثة كالواحد وأما الاربعة فيخمس وفى المحيط عن أبى يوسف انه قدر الجماعة التى لا منعة لها بسبعة والتى لها منعة بعشرة ومذهب الشافعى ومالك وأكثر أهل العلم انه يخمس ما أخذه الواحد تلصصا لانه مال حربى اخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن وأحمد رحمه الله فى رواية عنه نمنع أنه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة أو العشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذله خذلانا اذا ترك نصره وأسلمه

حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على أنهم تبع للرجال (قوله هذا الذى ذكره قول الكرخى رحمه الله) وهو أنهم كانوا يستحقونه فى زمن النبى عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقر أى يسقط الاغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء وهو الاصح وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضا (قوله كما حرم العمالة) أى اذا كان العامل هاشميا (قوله أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة) أى أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وابن السبيل من ذوى القربى كذلك (قوله ففيه روايتان) وجه الرواية الاخرى أن من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفار وقهرهم فالمأخوذ لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار واكتجار العسكر والله تعالى أعلم بالصواب

فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى اياه كما حرم الهاشمى العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر فى باب الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى أصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعى رضى الله عنه فليس بذاك لان كون المصرف فقيرا ليس الا فى حيز النزاع عنده فانه يسوى بين الغنى والفقير (وجه الاول) يعنى قول الكرخى (وقيل هو الاصح ما روى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يعنى اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر (اما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة) كما تقدم فى اول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول ابى بكر الرازى ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التى كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدورى كما اشار اليه قوله وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله (واذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر وقوله (والمشهور أنه يخمس) ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كتاجر لا يقصد على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ مطلق فيجب الخمس وجد الاذن أو لم يوجد أجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله (وان دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية نقل الناطفى عن كتاب الخراج لابن شجاع كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر فى أرض الحرب للمسلمين لا يخمس

اذلوخذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لايجب عليه نصرتهم

(فصل) في التنفيل قال (ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعدما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

(فصل في التنفيل) نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذا بلا ضابط لانه الى رأى الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الغرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان (قوله ولا باس بان ينفل الامام) أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتأكد ما سلف بان قول من قال لفظ لا باس انما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو أدعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشئ والا حرم التنفيل لاستلزامه حراما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه) أو من أصاب شيأ فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس) أى بعد رفع الخمس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التى أوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيأ فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيأ أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشى وبه أيضا ينتفى ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين وزيادة الفتنة ولا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال أحمد وعند مالك والشافعى رحمهم الله لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأى الامام وما بقى للغانمين قلنا انما هى حقهم بعد الاصابة أما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا من كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام فى دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع فى دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له أن ينفل الا من

(فصل) فى التنفيل (قوله ولا باس بان ينفل الامام) ذكر بلفظ لا باس وانه مستحب ذكر فى المبسوط ويستحب للامام أن ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال فان قيل مطلق الامر للوجوب ولا يجب التنفيل قلنا فى التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا فى مثل هذا الوقت ولان التحريض بشئ مبهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلو كان التحريض نفسه واجبا لا يلزم أن يكون التحريض معين بالتنفيل واجبا وفى الايضاح ويجوز التنفيل فى سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك

ما أخذه حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية (قوله اذ لو خذلهم) أى ترك عونهم (كان فيه وهن المسلمين) اى ضعفهم

(فصل في التنفيل) التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ففصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازى أى أعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله سلبه (قوله لا باس بان ينفل الامام) يدل على أن قول من قال كلمة لا باس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بجرى على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فاصرف الى الاستحباب (قوله من قتل قتيلا) تسمية الشئ باسم ما يؤل اليه (قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) يعنى التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لان النبى صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبى جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغى للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

 (فصل في التنفيل) قال المصنف (فيقول من قتل قتيلا الخ) أقول الفاء للتفسير

فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال (الا من الخمس) لانه لا حق للغانمين في الخمس (واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن

الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام (قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس) أورد عليه أنه ان لم يكن حقالهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم أجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم (قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد الا أنه قال اذا كان من أهل السهم أو الرضخ بشرط الشافعي الاول قولا واحدا وله فيمن يرضخ له قولان أحدهما كقول أحمد والثاني لا سلب له وشرطا أن يقتله مقبلا لا مدبرا وأن لا يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل أحد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث أبي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى أن قال فقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله القتيل

يجوز في السلب وغيره ذلك نحو أن يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن أصاب شيئا فهو له أو قال ما أصبتم فلكم منه الربع أو النصف الا أنه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام لاهل العسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وأما اذا عمهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل وانما في هذا ابطال السهمان التي أوجبها رسول الله عليه السلام وابطال تفضيل الفارس على الراجل وذلك لا يجوز وكذا اذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس فهذا لا يجوز لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال الحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقون الا بضعفائكم والنفل ما ينفل الامام الغازي أي يعطيه زائدا على سهمه وعن علي بن عيسى رحمهما الله أن الغنيمة أعم من النفل والفيء أعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك (قوله فان فعله مع السرية جاز) وفي المبسوط فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم يجيش بعضهم في بعض قال عليه السلام خير الاصحاب أربعة وخير السرايا أربعمائة وخير الجيوش أربعة آلاف فكان التنفيل للسرية تنفيلا لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية عن دار الاسلام لا ينبغي أن تنفل السرية ما أصابوا (قوله ولا ينفل بعد احراز الغنيمة الا من الخمس) لانه لا حق للغانمين في الخمس لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة لانه انما جاز هذا باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه حينئذ ابطال حق الاصناف الثلاثة اذ يجوز صرف الخمس الى أحد الاصناف الثلاثة وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في السير الكبير لا بأس بان يعطي الامام الرجل المحتاج اذا أبلى من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمة لانه مأمور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقاتل فلان يجوز صرفه الى محتاج قاتل وأبلى بلاء حسنا كان أولى وهذا نظير من وجد ركازا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز وفي الذخيرة ولا ينبغي للامام أن يضع ذلك في الغني ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين (قوله وقال الشافعي رحمه الله) آخر يعني أن القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينفله الامام وعندنا لا يستحق القاتل

(وان فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال لحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله (لانه لا حق للغانمين في الخمس) فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز وأجيب بان جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف لما تقدم أنهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر

يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه وا ظاهر أنه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا أكثر غناء فيختص سلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ماطابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني

فقال رجل من القوم صدق يارسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلاة والسلام صدق فاعطه اياه قال فاعطانيه وأخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك وانما الكلام أن هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال أو كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة وغيرها يخصهما فعنده (هو نصب الشرع) لانه هو الاصل في قوله (لانه انما بعث لذلك) وقلنا كونه تنفيلا هو أيضا من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص واستدل المصنف على ذلك (بانه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ماطابت به نفس امامك) فكان دليلا على أحد محتملي قوله ومن قتل قتيلا فله سلبه وهو أنه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث أو حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ ياحبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ماطابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو ابن واقد ورواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري الى أن قال فجاء بسلبه يحمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال أبو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ ألا تتقي الله وتأخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نستأنس به لاحد محتملي اللفظ روي عنه عليه الصلاة والسلام وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل يوم بدر فان فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا أن البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي منها من شاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني

السلب بدون التنفيل (قوله وقد قتله مقبلا) وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزما أو نائما أو مشغولا بشيء لم يستحق السلب (قوله وما رواه) وهو قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل التنفيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذ قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل أنه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التحريض وقد كانوا أذلة ويوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر قال أيضا من أخذ أسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في

وقوله (وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين الحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر نفسه قال من أخذ أسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب (فحمل على الثاني) يعني

قال المصنف (فنحمله على الثاني الخ) أقول فيه بحث

لما روينا وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد

ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى أنه قال في بدر أيضا على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء أبو اليسر بأسيرين فقال سعد بن عبادة أي رسول الله أما والله ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحياة أن نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه للراوي هو السلب وما أخذ لانه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل وليس كل ما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الامر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه أنه ليس نصبا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه يرتقي الى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردأ لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى فأبى الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي قال عوف فأتيت خالدا فقلت له يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه أو لأعرفنكها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد ألم أف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل أنتم تاركو لي أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ففيه أمران الاول رد قول من قال انه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمره به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وأن أمره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه أن يرد على عوف سلبه زجرا للعوف لئلا يتجرأ الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يحتمل للكثير من النفع غلط وذلك لان السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي ولا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولا أن يمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية فهذا أيضا يدل على أنه ليس شرعا عاما لازما وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلا فقال (زيادة الغناء في الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة

السلب كذا في المبسوط

على التنفيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبي مسلمة دفعا للتعارض وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لان القاتل مقبلا أكثر غناء

كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله أعلم

زيادة من الغنم لمن قامت به وقوله (كما ذكرناه) يعني ما قدمه في أول فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناء هذا في هذا الحرب أكثر من هذا ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك ادلا بعد أن يتفق اغناء من غير المشهور في وقت أكثر من المشهور أو يشير الى قوله لان البكر والفر من جنس واحد (قوله والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه) من ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق الكل والحقيبة الرفادة في مؤخر القتب وكل شئ شددته في مؤخر رحلك أو قتبك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في برذونه روايتان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين) فقط (وأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل) أي في باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهي له) ومن أصاب شيأ فهو له (فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها) في دار الحرب (وقال محمد له أن يطأها) وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك في النفل ليس الا القهر كما في الغنيمة ولا يتم الا بعد الاحراز بدار الاسلام لانه ما دام في دار الحرب مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره وأما الملك فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الا على أحد القولين وقوله (ووجوب الضمان بالاتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان محمدا ذكر في الزيادات أن المتلف لسلب نفله الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء عندكما أيضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف فانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل بالواو والله الموفق

(قوله لما مر من قبل) وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة (قوله قد قيل على هذا الاختلاف) يعني اذا أتلف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد رحمة الله تعالى عليه وعندهما لا يجب والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله كما ذكرنا) اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة أو من قوله لان البكر والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة (قوله لما مر من قبل) اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله (لان التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله ان المدد لا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسمة في دار الحرب) وهو ليس بمتفق عليه لان من أصحابنا من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله (ووجوب الضمان) مرفوع على الابتداء وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من أتلف من الغزاة سلبه الذي أصابه والاول أولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبيان ذلك أن محمدا ذكر في الزيادات أن المتلف لسلب من نفله الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه أيضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله أعلم

قال المصنف (ومركبه) أقول بالرفع

(باب استيلاء الكفار)

(واذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (واذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديم الاول على الثاني ظاهر (قوله واذا غلب الترك على الروم) أي كفار الترك على كفار الروم (فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه) عن قريب (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال) أي مما أخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان لنا أن نشتري المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ينبغي أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا بذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر آخر ملكه جاز شراؤه والا لا (قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحمد الا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولاحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم أموالنا بالاحراز أن لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما أخذوه فيأكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك (وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء) أي استيلاءهم على أموالنا (محظور ابتداء) عند الاخذ (وانتهاء) عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم، والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا (والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته) فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى العلماء وى مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذ نزلوا يريحون ابلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى أتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها أو وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فاخذ ناقته ولو كان الكفار

(باب استيلاء الكفار)

(قوله واذا غلب الترك) أي كفار الترك على الروم أي نصارى الروم (قوله من ذلك) أي من مال أهل الروم الذي استولى عليه الترك (قوله بسائر أملاكهم) الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كاموالهم الاصلية (قوله لان الاستيلاء محظور ابتداء) أي حين أخذوا وانتهاء أي حين أحرزوا بدارهم والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولا يقال الحظر غير ثابت في حقهم لانهم لا يخاطبون بالشرائع لانهم لا يخاطبون بالحرمات كالربا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل في حقهم والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجه دون وجه أما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي أي الرجال المنسوبون الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله (حل لنا ما نجده من ذلك) أي مما أخذه الترك من أهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر موالهم وقوله (لان الاستيلاء محظور ابتداء) أي في دار الاسلام (وانتهاء) أي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله (على ما عرف من قاعدة الخصم) ان المحظور

(باب استيلاء الكفار)

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل

على كون بالاحراز للملك بالر قة لاحرازه اياها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيأ فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التى خلفوها وهاجروا عنها وليس من ملك مالا وهو فى مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل واذا عطفوا عليهم فى نص الصدقة وأما ما استدل به الشارحون مما فى الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام فى الفتح أين تنزل غدا بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروى أتنزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من أبى طالب فانه توفى وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لا أن الديار كانت للنبى صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء وروى أبو داود فى مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبى صلى الله عليه وسلم فأقام البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان شئت أن تأخذ بالثمن الذى اشتراها به فانت أحق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبرانى مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفى سنده ياسين الزيات مضعف وأخرج الدارقطنى ثم البيهقى فى سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وان وجده قد قسم فان شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله فى الفىء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شئ وضعف باسحق بن عبد الله بن أبى فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به وأخرجه الطبرانى عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله فى الفىء قبل أن يقسم فهو له وان أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعى واحتجوا أيضا بأن عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روى عن الشعبى عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوى بسنده الى قبيصة بن ذؤيب أن عمر ابن الخطاب قال فيما أخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه أى أدركه قبل أن يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شئ له وروى فيه أيضا عن أبى عبيدة مثل ذلك وروى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى أيضا باسناده الى قتادة عن خلاس أن على بن أبى طالب قال من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة فى نفى أصل هذا الحكم ويدور فى ذلك بين تضعيف بالارسال أو التكلم فى بعض الطرق فان الظن لا شك يقع فى مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب ويبعد أنه وقع غلط للكل فى ذلك وتواردوا فى هذا الغلط بل لا شك أن الراوى الضعيف اذا كثر مجىء معنى ما رواه يكون مما أجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب ألا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم أنه انفلتت ذلك وهم فى الطريق وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعنى الاستيلاء الكائن بعد الاحراز فى حال البقاء ورد على مال مباح (فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم) فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى (وهذا) أى كونه مباحا اذ ذاك (لان العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى

ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما فى البيع الفاسد وأما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما فى البيع الباطل كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق (ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح) وورود الاستيلاء على مال مباح (ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم) وقوله (وهذا) اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة فى المال لكل من تثبت له من المسلم والكافر انما تثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يقتضى أن لا يكون مال ما معصوما لشخص ما وانما تثبت العصمة

استولى المسلم على مال المسلم فانه غير موجب للملك بالاتفاق ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح أى استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلاءهم على أموالنا انما يثبت الملك لهم اذا أحرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد الاحراز بدارهم تزول عصمة صاحبها ويصير مباحا للتملك فلا يكون أخذهم ذلك المال عدوانا كذا فى الاسرار (قوله وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل) أى قولنا أن استيلاءهم ورد على مال مباح

ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عادمباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

الارض جميعا فانه يقتضى اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة) من الانتفاع (عادمباحا) وز والها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا ومآلا) بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغى اذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك فى المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب) كما فى الصلاة فى الارض المغصوبة (فما ظنك بالملك الدنيوى) والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ماذكرنا فى الباغى وأورد عليه أن العصمة ان زالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا فيحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم وأجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال تبعا لزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثانى فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه أن لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان أريد به ابتداء الاخذ أو ادخاله فى دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ماعرف كذا أورد فى الاصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك أجيب بان المفيد له هو الضمان على مافى توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الأول سببا للملك ولا الادخال الى

لان العصمة فى المال لكل من يثبت من مسلم أو كافر انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضى أن لا يكون المال معصوما لاحداقوله تعالى خلق لكم مافى الارض جميعا الا أن العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الاسباب من شراء أو ارث أو غيرهما ليتمكن من الانتفاع به اذ لو لم يكن مخصوصا هو بالعصمة نازعه آخر فى الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب احرازهم بدار الحرب ولم يبق ما أوجب عصمته وهو تمكين المالك من الانتفاع عاد المال مباحا كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة الصيد والحشيش ثم لما وقع استيلاؤهم عليه فى هذه الحالة كان استيلاؤهم على مال مباح فاوجب الملك لهم وعن هذا وقع الفرق بين أموالنا ورقابنا فان الرقاب كلها لم تخلق محلا للتملك فى الاصل وانما تثبت المحلية بعارض الكفر وليس فى رقابنا ذلك فلذلك لا يملكون احرارنا وان احرزوهم بدارهم (قوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا) يعنى أن الكفار اذا استولوا على أموال المسلمين فهم مادام وافى دار الاسلام ان اقتدروا عليها حالا لم يقتدروا مآلا لان الظاهر أن المسلمين يغلبون عليهم و يأخذون الاموال وأما اذا أحرزوها بدار الحرب فقد اقتدروا عليها حالا ومآلا لانقطاع ولاية المسلمين فان قيل كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل قلنا النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فالواهب يرجع فى هبته و يعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وقوله فى الهداية لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان مشكل لانا اذا غلبنا على أموال أهل البغى وأحرزنا بدارنا لم نملكها مع زوال المكنة الا أن يقال أراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب ثم أصل الدار واحد وهى بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف أهل الحرب لان الدار مختلفة والمنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لنا فى حقهم ولهم فى حقنا من كل وجه (قوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا الخ) جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم هو

(الضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة) بالاستيلاء (عادمباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه) أى لان الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا) والكفار مادام وافى دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم مادام وافى دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح فى نفسه على ماذكرنا والمحظور لغيره (اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك) كالصلاة فى الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب فى الآخرة فلان تصلح سببا للملك فى الدنيا أولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازى الذى

قال المصنف (والمحظور لغيره اذا صلح الخ) أقول قال فى الكافى هذا مشكل لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم أو لم تزل فان زالت لم يكن الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تزل لا يصير ملكا كما فى مسئلة البغاة الا أن يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار ولك أن تقول انه جواب على التنزل والتسليم (قوله كالصلاة فى الارض المغصوبة الخ) أقول يخالف لما فى كتب الاصول

(فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظراً له الا أن فى الاخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء أخذه بالثمن الذى اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض

دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن فى البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح والسبب البعيد لا يؤثر فى المسبب الاخير لانه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها فى المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة أصلا وقول بعضهم فى التقرير ولا نسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور ومعصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح كمال المسلم ثمة اذا لم يهاجر الينا يقتضى أن ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه أنه ليس فى يده بل يكفى المنع بان يقال لا نسلم أنه محظور لانه ورد على مال مباح الخ (قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته الخ) وتقدم الكلام فى الحديث ونظائره فان قيل أخذه قبل القسمة اذا كان حكما لازما يقتضى قيام ملكه أجيب بالمنع فان الواهب له أن يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشترى فى الاخذ ولا ملك له وحاصله أن فى الشرع صورا يقدم فيها غير المالك على المالك كما أريناك فلان يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد فى المغنوم قبل القسمة فيجبر ضرورة القوى بضرر يسير فان الشركة أولا فى الحق دون الملك وثانيا هى شركة عامة فيخف ضرر كل واحد لخفة كثيرة وصورة الشفيع شبهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه فى اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وأشبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زائل بعوض بقدره وهى المسئلة التى ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازى فى مقابلة عناء حصل له لا بمقابلة مال بذله الا ببدله ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجانبين فلان لا يزيله برفع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا

محظور الا أنه محظور لغيره ومباح فى نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه أن المحظور بغيره وهو الصلاة فى الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب فى الآخرة فلان يصلح سببا للملك فى الدنيا أولى وفى الكافى وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل أى اذا صلى فى أرض مغصوبة فما ظنك بالعاجل مشكل أيضا لان العصمة لا تخلو اما أن زالت بالاحراز بدارهم أو لم تزل فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تزل لا يصير ملكا كما فى مسئلة البغاة الا أن يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار (قوله فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ) أى وان أحرزها الغانمون

وقع فى قسمته أو من الذى اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازى أجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ألا ترى ان للواهب الرجوع فى الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال الملك الواهب فى الحال وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشترى بحق الشفعة بدون رضا المشترى مع ثبوت الملك له وقوله (فان ظهر عليها المسلمون) واضح

وقوله (لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة) قيل عليه بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما فى أيدى الباقين وأجيب بان الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة فى الهبة وان لم تكن مشروطة (٢٥٨) فجعل ذلك معتبرا فى اثبات حقه فى القيمة وقوله (ولو كان مغنوما) يعنى لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوما أى ماخوذا بالقهر والغلبة (وهو مثلى) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بيناه) أن الاخذ بالمثل غير مفيد (وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) يعنى اذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه من مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفا فان له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشترى ولا يكون ذلك ر بالانه انما فدى ليتخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتريه ابتداء قال (فان أسر واعبدا) اذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدو أما الاخذ بالثمن فلما قلنا) ان المشترى يتضرر بالاخذ مجانا (ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح) فكان الارش حاصلا فى ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ومع هذا لو أخذه فانما يأخذه بمثله لان الارش دراهم أو دنانير وهو لا يفيد وقوله (لان الملك فيه صحيح) احتراز عن المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هنالك مضمونة أخذه

ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلى يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال (فان أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدو) أما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو أخذه

طو يلا له ان يأخذه بعده فى ظاهر الرواية وفى رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع والظاهر هو الاول (ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص) فى مقابلة ما كان مالا أو أثقل من المال اذ لمال ثابت معنى لان المكافأة مطلوبة والظاهر ايقاعها (فلا تزال الا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شئ ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه (لان أخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان) المثلى (موهوبا) من الكافر لا مخرج له ليس فيه الا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا اذا كان) الذى أخذه من الكفار (مشترى بمثله قدرا ووصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشترى باقل قدرا منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فان له ان يأخذه بمثل ما أعطى المشترى منهم *(فرع)* اختلف المولى والمشترى منهم فى قدر الثمن القول قول المشترى مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بما يقر هو به كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا فى الثمن الا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه باقل فيثبت ذلك (قوله فان أسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى أخذ به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح) لانه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشترى شراء فاسدا على ما سنذكر (فلو أخذه) أى الارش

بدار الاسلام وذكر فى الايضاح فاما اذا وجد قبل القسمة فكان ينبغى أن يأخذ بالقيمة أيضا لان حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالاحراز بدار الاسلام ألا ترى أنه لو أتلف انسان شيأ من الغنيمة قبل القسمة يضمن الا أنا تركنا هذا الاصل لحديث عبد الله بن عباس رضى الله عنهما فانه روى عنه أن المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسال النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة الحديث (قوله ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته) فان قيل هذا الملك يثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف ما لو ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما فى أيدى الغانمين قلنا ههنا أيضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة فى الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا فى اثبات حقه فى الغنيمة الى هذا أشار فى المبسوط (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد (قوله وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) ولو اشتراه المسلم باقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكن أردأ منه وصفا فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشترى وقال فى الايضاح الا أن يكون اشتراه منهم بخلاف جنسه فيكون الاخذ مفيدا وكذلك لو اشتراه بجنسه باقل منه فله أن يأخذه بمثل ما اشترى ولا يكون هذا ربا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه (قوله أما الاخذ بالثمن فلما قلنا) وهو قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا (قوله لان الملك فيه صحيح) بدليل حل الوطء للمشترى من الكافر واحترز به عن

(قوله وليس فيه الاعادة الى قديم الملك) أقول اذ لا ملك فيه قديما

أخـذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا

(أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان ولو كانت أمة فباعها الغانم بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبى يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته منها وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كان فهو حصته من الالف (ولا يحط شئ من الثمن) بما نقص من عينه (لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فاتت فى ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيأ بمقابلته ألا يرى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول أما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت فى يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا فى الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن وبهذا أورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك فى القصدى أما فى غيره فالشفعة والمسئلة التى نحن فيها سواء وأجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول فى الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك فى الشفعة للمشترى كالفاسد من حيث وجوب تحويله اليه أما فى الشراء الصحيح الذى لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه أى فى البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل فى تقوم الصفات هو الغصب وانما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة فى دفع الظلم والبيع الفاسد دونه فى ذلك لتحقق التراضى فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما فى حق الحل وطلب رد كل منهما بدله الى الآخر وفى الكافى ولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشترى من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء أخـذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو انه فقئ عيناه عند الغازى المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول أخذه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبى حنيفة وقالا بقيمته سليما وهى التى أعطاها

المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هنالك مضمونة (قوله لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) قيل فيه نظر لان الوصف انما لا يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر الخبازى رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لا يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالاتلاف ألا ترى أن فى مسئلة المرابحة لو فقأ عينه انسان أو فقأها بنفسه ثم باعه مرابحة من غير بيان ثم علم المشترى بذلك يحط قسطها من الثمن فكذلك ينبغى أن يحط من ثمن العبد قدر الارش قلنا المالك لم يكن للمالك القـديم حق أخـذ

(ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شئ من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقئت عينه وأخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت وأجاب بعضهم بانه انما يحط فى المرابحة للشبهة لانه صار كأنه اشترى شيئين بالف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شئ من الثمن فيها حتى لو استهلك المشترى شيأ من الدار سقط حصته من الثمن لان المشترى فى الذى وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشترى شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن فى المشترى شراء فاسدا كما فى الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا بمنزلة المشترى شراء فاسدا فى المعنى المذكور وهو وجوب الرد أجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أولا ثم البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كتمكن الفساد فى العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل فى مسئلة الشفعة أيضا اذا كان هلاك بعض المشترى بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شئ من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر وأجيب بانه مخالفة فى صورة العمد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شئ من الثمن بخلاف ما اذا

(قوله أجيب بان الحاق مسئلة الشفعة الخ) أقول وحقيقة الفرق أن وجوب الرد فى الشفعة يسرى الى أول البيع بخلاف شراء التاجر فان وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول فلا يصح قوله بخلاف الشفعة

والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا وان أسر واعبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وأدخلوه دارالحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول أن ياخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ماورد على ملكه (وللمشترى الاول أن ياخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان المأسور

الفائت للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شئ من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض بمسئلة الهداية بل الوجه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذى ملكه باختياره فكان بمنزلة مالو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفائت غيره بغير رضاه *(فرع)* أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت فى سهم غانم فباعها بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبى يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو حصته (قوله وان أسروا) أى الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتراه رجل) منهم (بالف درهم فاسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف فليس للمولى الاول) وهو المأسور منه أولا (أن ياخذه من الثانى) وكذا لو كان الثانى غائبا كما سيذكر (لان الاسر ماورد على ملكه) بل على الثانى فانما يثبت حق أخذه للمشترى الاول حتى لو أبى ان ياخذه لم يلزم المشترى الثانى اعطاؤه للمولى الاول ولو كان المشترى الاول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا أخذه المشترى الاول من المشترى الثانى بالف فاراد المولى ان ياخذه من المشترى الاول أخذه بالفين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففى مقابلة العبد الذى غرضه فيه بخلاف مالو أخذه بالف فانه يفوت الالف الاخرى على المشترى الاول بلا عوض أصلا *(فرع)* لو باع المشترى من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثانى بالثمن الذى

الارش لما بينا صار فى حقه بمنزلة الفائت لا بمنزلة المتلف بخلاف مسئلة المرابحة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شيئين حقيقة ليس له أن يرابح على غير العين الذى أخذ ارشها لان الشبهة فى المرابحة ملحقة بالحقيقة فاما ههنا حق الاخذ فى العين بالنص بخلاف القياس فكيف يلحق بها البدل وعن محمد رحمه الله أن المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء كالشفيع فانه ياخذ بالحصة ان استهلك آخر شيأ من البناء والفرق على الظاهر أن الصفقة اذا تحولت الى الشفيع صار المشترى فى المشترى كالمشترى شراء فاسدا من حيث أن كل واحد من القبض واجب النقض كرها لحق الشرع (قوله والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب) اذ الواجب فيهما القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع وفى البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات فان قيل شراء التاجر هنا أيضا بمنزلة شراء المشترى فاسدا من حيث وجوب الرد قلنا الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسدا أولى من شراء التاجر من الكافر من حيث أن شراء المشترى بدون رضا الشفيع مكروه بخلاف شراء التاجر بدون رضا المالك وقوله والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب أى فى غير الربوى أما فى الربوى يجوز أن يغصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فهشم فى يده فصاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا (قوله وللمشترى الاول أن يأخذه من الثانى) ولا يكون ذلك للمالك القديم وانما رجحنا جانب المشترى الاول على المالك القديم فى ولاية الاخذ لانه على تقدير أخذ المشترى لا يبطل حق المالك القديم لولاية الاخذ له بعد أخذ المشترى الاول ولو أخذه المالك القديم يبطل حق المشترى الاول لانه لا ولاية له بعد أخذ المالك القديم فلهذا رجحنا جانب المشترى الاول (قوله لان الاسر ماورد على ملكه) كما اذا وهب رجل آخر شيأ فوهبه الموهوب له من آخر فليس للواهب الاول عليه سبيل مالم يرجع الثانى فى هبته (قوله فياخذه بهما) فان قيل يتضرر المالك بذلك

استهلك المشترى بعض الاشجار فى الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله (وان اسر واعبدا) صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشترى الاول أن ياخذه من الثانى بالثمن بانا لو أثبتنا حق الاخذ للذى اشتراه من العدو أولا تضرر المالك لانه حينئذ ياخذه بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى لان حقه يعود فى الالف التى نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ماقلناه أولى

(قوله لان حقه يعود فى الالف الخ) أقول يعنى لو لم يثبت له حق الاخذ من المشترى الثانى

منه

منه الثاني غائبا ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه) لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى

اشتراه به ان مثليا فبمثله أو قيميا بان كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول والوجه في المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للقديم ان يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة) الكائنة بالاحراز بدارهم (مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب) وهو الاستيلاء التام (انما يفيد الحكم) وهو الملك لما يرد عليه (في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه) ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم (لانه تثبت الحرية فيهم من وجه) مع الاسلام (بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم) بالكفر (ولا جناية من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الامام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله واذا أبق عبد لمسلم) أو ذمي وهو مسلم (ودخل اليهم) دار الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا (لسقوط عصمته لانها لحق المالك وقد زالت) وصار كما لو ندت اليهم دابة أي شردت من باب ضرب الا أن مصدره جاء ندودا كما جاء على ندا القياسي وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق من دارنا اذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا (ولابي حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لانه آدمي مكلف له يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده) لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد

فوجب أن يكون له حق الاخذ من المشتري الثاني كي لا يتضرر قلنا لو أخذه من المشتري الثاني يتضرر المشتري الاول ضررا لا عوض في مقابلته ولو أخذ المالك من المشتري الاول يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان أولى (قوله وكذا من سواه) أي من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وأم الولد (قوله بخلاف رقابهم) أي رقاب الكفار من أحرارهم ومدبريهم وأمهات أولادهم (قوله ولا جناية من هؤلاء) أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا واذا أبق عبد لمسلم أو لذمي ذكر الامام أبو اليسر رحمه الله في عين الفقهاء العبد المسلم لمسلم أو لذمي اذا أبق الى دار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة رحمه الله والمرتد يملكه الكفار وأما العبد الكافر فهو ذمي تبع لمولاه وما بطلت الذمة باللحوق بدار الحرب فلا يملكه الكفار كذا في عين الفقهاء وذكر في طريقة مجد الائمة رحمه الله العبد اذا كان ذميا ففيه قولان وأما اذا كان مرتدا فأبق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالاجماع (قوله وله أنه ظهرت يده على نفسه) فان قيل كيف تظهر يد

وقوله (وكذا من سواه) أي من سوى الحر وقوله (بخلاف رقابهم) أي رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم وقوله (ولا جناية من هؤلاء) أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضا حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء قال (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم) اذا أبق عبد لمسلم قالوا قيد لمسلم اتفاقي لأن عبد الذمي كذلك (فدخل اليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك) وهو ظاهر وقوله (لان سقوط اعتباره) أي اعتبار يد العبد (لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فتمنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم أنها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في أيديهم أجيب بان بين الدارين حدا لا يكون في يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار اليه أشار فخر الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وعند دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس

(قوله فان قيل لا نسلم الى قوله وأجيب بان بين الدارين حدا الخ) أقول السؤال والجواب في شرح الاتقاني

فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه (وان ند بعير اليهم فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا (وان اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء) لما بينا (فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك

دخوله دار الحرب (فظهرت يد العبد على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لان أخذهم اياه لا بد أن يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد) في دارنا اذا أخذوه (لان يد المولى قائمة عليه) مادام في دار الاسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاقتدار باق (فمنع ظهور يده) على نفسه ولا كذلك المأذون في الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التي ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير في قول المصنف لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب أن يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أي سقوط اعتبار ظهوره (واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذ المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا) منهم للذي أخرجه الى دار الاسلام (أو مشترى) منه (أو مغنوما قبل القسمة وبعدها) الا انه اذا أخذه بعد القسمة (يؤدي) الامام (عوضه من بيت المال) للمأخوذ منه (لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال في أيديهم وأيدي غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشتري شيأ اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن في المشترى وبالقيمة في الموهوب كما في المأسور غير الآبق وانما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فأبق اليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد الذمي اذا أبق قولان ذكره في طريقة مجد الائمة (قوله وليس له) أي الغازي أو التاجر (جعل الآبق) لان استحقاقه اذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وهنا انما هو عامل لنفسه (قوله وان ند بعير اليهم فأخذوه ملكوه) وجهه ظاهر فيتفرع على ملكهم اياه انه (لو اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء) (قوله فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك

العبد على نفسه وقد خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة فور زوال يد المولى لان دار الحرب في أيديهم قلنا أن بين الدارين حدا لا يكون في يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار الى هذا أشار فخر الاسلام رحمه الله (قوله بخلاف المتردد) أي الآبق الذي تردد في دار الاسلام لان يد المولى باقية في حقه حكما ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضا له فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له في نفسه فيتم احراز المشركين اياه وأما الآبق الى دار الحرب فلا يكون في يد مولاه حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز (قوله وبعدها) أي وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال فيما اذا كان مغنوما وأما في الصور الثلاث وهي ما اذا كان موهوبا أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة فلا يؤدي عوضه وانما يؤدي عوضه من بيت المال ان وقع في سهمه لان نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على أحد لكان اجحافا ولو لزم العوض على المالك لمنع استمرار ملكه لكان اضرارا به وعدم رجوعه على شركائه في الغنيمة واعادة القسمة لتفرقهم فعوضه من بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم (قوله

كذلك أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله (بخلاف المتردد) يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه المشركون ملكوه (واذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يأخذه المالك القديم بغير شيء اذا كان موهوبا أو مشترى) أما اذا كان موهوبا فظاهر لانه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه وأما المشتري فلأن المشتري قد تملكه بغير أمره فكان متبرعا حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة وأما اذا كان بعدها فيؤدي عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله ان يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله (وليس له) أي للغازي أو التاجر (جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه) والجعل انما يجب اذا أخذه لا خذ على قصد الرد الى مالكه قوله (وان ند اليهم بعير) كله ظاهر وكذلك قوله (فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع) واعترض بان على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء لانه

لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا الانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم أحد من كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم أحكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي أسلم والحربي ليس كذلك أجيب بان الامان ينافي ابقاءهم في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان مستلزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه أبي حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم مادام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا أدخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقام شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام

(قوله كالذمي يسلم عبده الخ) أقول فانه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه اجباره على العتق) أقول تخليصا للمسلم (قوله لازالة عصمة ماله أقول الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الازالة) أقول في النهاية مقام علة الزوال (قوله وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام الخ) أقول فيه بحث

ثم أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الحظر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيأ لا يزول أصل ملكه به فلكه المباح في دار الحرب ابقاء ما كان من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار الحظر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا فاذ زال الحظر بزوال الامان زال أصل الملك ألا يرى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ماخرج به من المال له اهـ ففي كلام الكاكي بحث

كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد (واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق) لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام

كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق اليهم عندهما دونه وأورد عليه أنه ينبغي أن يأخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما في يده لانه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها أجيب بان غايته أنه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى في يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عند فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فتدفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم وأجيب أيضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار (قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة) حال كونه في دار الاسلام (بطريق معين وهو البيع) فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا في يده) ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا أخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز (ولابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكافر) فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه غير أنه تعين اخراجه

والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه فان قيل على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما) وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا في الايضاح فان قيل الذمي ملتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستامن غير ملتزم قلنا المستامن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فانا ما أعطينا الامان ليستذل المسلم اذ لا يجوز اعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه (قوله ولابي حنيفة رحمه الله أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) ولكن ذلك الكافر مادام مستامنا في دار الاسلام يزال بالعوض وهو الازالة

علة الازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشئ

مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه

العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضى ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا سلم أحد الزوجين في دار الحرب (واذا أسلم عبد لحربي ثم خرج الينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله

بعوض بيعا طريقا لما قيام أمانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله ولولا لاعتقناه عليه فاذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هنالك فاقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي (كما أقيم مضى ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي) بعد عرض الاسلام على الآخر وابائه فيما اذا أسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام لان للمولى حق استرداده فاذا أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا فكان ذلك مانعا المقتضى عن عمله وقول المصنف (فيما اذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب) ليس بجيد لانه لو أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا أسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشتري فصار كالو كان في يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان اسلامه يوجب ازالة قهره عنه الا أنه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع (قوله واذا أسلم عبد لحربي ثم خرج الينا أو) أسلم ولم يخرج حتى (ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيد الى عسكر المسلمين) مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم (لما روى) أبو داود مسندا الى علي قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم

بالبيع لان مال المستأمن محترم ما دام في دار الاسلام فاذا أدخله دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الامان فاستحق الازالة بالعتق لانه لما انتهى أمانه بالعود الى دار الحرب سقطت عصمة ماله فتعين العتق مخلصا للعبد ولو كان الامام قادرا على ازالة العبد هنالك عن استيلائه كان الواجب على الامام أن يجبره على الاعتاق لا على البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة ازالة ملكه لسقوط حرمة ملكه ثم لما قصرت ولاية القاضي عن ازالة ملكه بالاعتاق وهي العلة في زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستأمن الذي هو دخول دار الحرب مقام علة الزوال وهي اعتاق الامام عنه لما أنه قد يقام الشرط مقام العلة عند امكان اضافة الحكم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل الاحراز بدار الحرب سبب لاثبات الملك فيما لم يكن مالكا له ألا ترى أنهم اذا أسروا عبدا مسلما في دارنا ملكوه اذا أحرزوه بدارهم فيستحيل أن يزول ملكه بالاحراز لان الاحراز لما صار سببا لاثبات الملك ابتداء فاولى أن يبقى الملك الثابت كما كان والا يلزم أن يكون ما هو المثبت للملك مزيلا له وهو مدفوع بمرة قلنا ليس هذا كما أخذوا عبدا في دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالاحراز بخلاف ما نحن فيه فانهم ملكوه بالشراء فاستحق عليهم الازالة بالبيع ما داموا في دارنا ولما أدخلوه في دارهم استحق الازالة أيضا باقامة شرط الزوال مقام الازالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالاحراز بدار الحرب وفي المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الحظر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيأ لا يزول به أصل ملكه قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار صفة الحظر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له فكان حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال أصل الملك ألا ترى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما

فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهي أن البقاء أسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على أنا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشئ الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشئ أسهل من الابتداء اذا لم يعتبر البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم في يد الكافر معنى يزيل سهولته وقوله (كما يقام مضى ثلاث حيض) تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب (قوله واذا أسلم عبد لحربي) ظاهر وقوله (لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا) روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال أيما عبد خرج الينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منهم فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هم

ولانه

(قوله وانما جعلناه قائما مقام المزيل الخ) أقول فيه بحث فانه اذا أقيم مقام المزيل تكون الازالة مستندا اليه

ولانه أحرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لانها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم

الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمنبعث تقدم في كتاب العتق فلم يرجع اليهم فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج اليهم في انه امتنع بهم وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لان الاسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يد المسلمين أما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاء أي لا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق اعتق قبل المشتري البيع أو لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر يزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج باذن مولاه أو بامره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من المال *(فروع)* ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنيمة فاخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فاعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزأ ففي المآل هو محل آخر بخلاف حق المولى فانه قوي لا يبطل ببيعه أو هبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسروا جارية مرهونة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف أخذها مولاها الراهن بها

خرج به من المال له (قوله ولانه أحرز نفسه بالخروج الينا) يتصل بقوله ثم خرج الينا (وقوله أو بالالتحاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيد بقوله بالخروج الينا مراغما لمولاه لانه اذا خرج الينا غير مراغم فهو

عتقاء الله وقوله (ولانه أحرز) متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله (أو بالالتحاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيل بقوله مراغما أي مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيه ويحفظ ثمنه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا والله أعلم بالصواب

(باب المستأمن)

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشى من أموالهم ولا من دمائهم) لانه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان أطلقوه طوعا

ولم تبق رهنا الا انها تاوية فى حق المرتهن فهو كالعبد المالكها فلا يأخذها المرتهن الا أن يرد على الراهن الالف وان كان الثمن أقل من الالف كان للمرتهن أن يؤدى ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه مفيد ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربى آخر ولو خرج الينا بأمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا أنه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من اعادته الى دار الحرب واذلاله ولو أسر واجارية وديعة عند رجل أو عارية أو اجارة فحق الاخذ اذا أخرجت بشراء أو غنيمة لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا الكل من هؤلاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك فى حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب أن يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ماهو تباين حقيقة وحكما والمسلمة فى دار الاسلام حكما وان كانت فى دار الحرب حقيقة

(باب المستأمن)

أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فاورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم لانه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فاخلافه غدر (والغدر حرام) بالاجماع وفى سنن أبى داود عنه عليه الصلاة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لامراء الجيوش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا فى وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب فى دارنا و بيننا و بين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشترى من الطائفة الغالبة شيأ من الاموال التى غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا فى دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا فى دار الحرب فاقول يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون أن من قهر آخر فى نفسه أو ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فباعه رجل بامه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخى ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم والعامة يقولون ان كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون أحرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض أحرارهم قالوا ان كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والالا مع أن هذا ليس فيه احراز بدار أخرى غير دار المقهور وقوله (الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم أيضا (لانه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وان أطلقوه) وتركوه فى دارهم (طوعا) أو أعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به

عبد لولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه للمولى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستامنا الى دارنا كذا فى الايضاح والله تعالى أعلم بالصواب

(باب المستامن)

(قوله والغدر حرام) قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته (قوله بخلاف الاسير) لانه غير مستامن لانه لم يوجد منه الالتزام بعده (قوله وان أطلقوه طوعا) كان فيه وهم أن يصير

(باب المستامن)

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذى هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع فى بيان الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استئمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله (بخلاف الاسير) يعنى أن الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيأ فهو له خاصة (فيباح لهم التعرض وان أطلقوهم طوعا) لانه لم يستامن صريحا حتى يكون غادرا باخذ أموالهم

(باب المستامن)

(فان غدر بهم) أعني التاجر (فاخذ شيأ وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا أنه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على مابيناه (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم

لانهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره و يأخذ ماله و يملكه ملكا لاخبث فيه (فان غدر بهم) التاجر (فاخذ شيا وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا) لعدم وورود الاستيلاء على مال مباح) عند عدم الاحراز الا أنه بسبب محرم فاورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما ملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كما في البيع الفاسد وقوله (على مابيناه) يريد ماتقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لايحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشترى خاصة وتحل للمشترى منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع فى الاسترداد و ببيع المشترى انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشترى الثانى كالاول فيه أما لو سبي قوم أهل الدار التى هو فيها جازله أن يشتريهم من السابى لانهم ملكوهم بالاحراز وهم كانوا على أصل الاباحة فى حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا *(فرع نفيس من المبسوط)* لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التى فيهم المسلم المستامن لايحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلال لايحل الا لذلك أو لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا اعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستامنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذرار يهم فمروا بهم على أولئك المستامنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم و يقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لايملكون رقابهم فتقريرهم فى أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذرارى الخوارج لانهم مسلمون ومن فروعه لو تزوج فى دار الحرب منهم ثم أخرجها الى دار الاسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح و يصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها واعلم أنهم أخذوا فى تصويرها ما اذا أضمر فى نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء اذا أوفاها معجل مهرها ينبغى أن لا يملكها (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج) المسلم (الينا واستأمن الحربي) فخرج أيضا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم أحكام

مستامنا وليس كذلك لانه ليس باستئمان (قوله ملكه ملكا محظورا) حتى لو كانت جارية كره للمشترى وطؤها لانه قام مقام البائع و كان يكره للبائع وطؤها فكذلك للمشترى وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسدا اذا باعها حل للثانى وطؤها بعد الاستبراء لان الكراهة فى حق الاول لبقاء حق البائع فى الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وههنا الكراهة لمعنى الغدر (قوله على مابيناه) اشارة الى قوله فى أوائل باب استيلاء الكفار والمحظور بغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم اداان بتشديد الدال من باب الافتعال أى قبل الدين والدين غير القرض اذ ذلك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير فى الذمة بالعقد كذا فى الطلبة وذكر فى كتاب الكفالة منها أن اسم الدين شامل لجميع مايجب فى الذمة بالعقد و بالاستهلاك والاستقراض (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) اذ لا ولاية لنا على أهل الحرب

(قوله ملكه ملكا محظورا) أى خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشترى أن يطأها لانه قائم مقام البائع ووطؤها للبائع كان مكروها فكذا المشترى (قوله وهذا) اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعنى أن مال أهل الحرب مباح فى نفسه والحظر لمعنى فى غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء (على مابيناه) يعنى فى أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي) أى باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) أى لا على المسلم ولا على الحربي (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر واذا لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله (وأما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه) أى سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا فيها لان مال

قال المصنف (فادانه حربي الخ) أقول وفى المصادر الادانة وأم دادن اه وفى النهاية الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم

الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم ذلك فى المستقبل وأما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما بينا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث فى ملك الحربى حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من الحرم وهو نقض العهد (واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة

الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم فى المستقبل) ولكن يفتى بانه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم وعموم عدم القضاء كما فى الهداية قول أبى حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بان المسلم ملتزم أحكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبى حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج الى موجب وأجاب فى الكافى بان ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك فى الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (وأما أنه لا يقضى بالغصب) لكل منهما (فلانه صار ملكا للذى غصبه) سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا (على ما بينا) أى فى باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لان الفرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفى غصب المسلم اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ الا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربى يؤمر بالرد افتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر وفى كلام المصنف اشارة اليه كما ترى (وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك) أى أدان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) الينا (مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين) وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه (يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة) أى بالدين (فلانها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى) والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما باحكام الاسلام) ولا ترجيح لاحدهما على الآخر اذ لم يقض لاحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما وعلى قول أبى يوسف لا يحتاج الى هذه العلاوة اذ يقضى للحربى على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا (وأما الغصب) فانما لا يقضى به لا تلافه فيما ملكه (ولا خبث فى ملك الحربى ليؤمر بالرد) وفيه اشارة الى ما قدمناه ذكرها (قوله واذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامها مما تقدم (قوله واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية فى ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية فى ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا فى عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر

والجواب فى مسئلة الادانة قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وأما على قول أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه فالقاضى يقضى على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم أحكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين الينا وأجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشئ لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب أن لا يقضى عليه بشئ أصلا لا لعدم الالتزام ولكن لتحقق المساواة بين الخصمين (قوله لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه) أما غصب الكافر فقد ذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح الخ وأما غصب المسلم ففيه اذا دخل الواحد أو الاثنان مغيرين بغير اذن الامام وأخذوا شيأ يملكونه (قوله ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) وهذا الجواب غير منحصر بخروجهما مسلمين فان الحربى اذا خرج مستأمنا مع المسلم الذى دخل دار الحرب مستأمنا وقد كان غصب المسلم فى دار الحرب فالحكم كذلك (قوله فعلى القاتل الدية من ماله) أى فى العمد والخطأ ذكر الامام الاجل شمس الائمة السرخسى

كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب فى حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم أن لا يغدر بهم وفى أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله (على ما بينا) يعنى فيما تقدم وأما غصب الكافر فقد ذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ فانهم يملكونه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله من قبل بان القضاء يعتمد الولاية الخ وقوله (ولو خرجا مسلمين) ظاهر وقوله (فغصب حربيا) أى غصب شيأ من حربى وليس هذا منحصرا فى خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربى مستأمنا فالحكم كذلك وقوله (فعلى القاتل الدية فى ماله) يعنى

اذان بالتشديد من باب الافعال أى قبل الدين اه (قوله وأما غصب الكافر الى قوله فانهم يملكونه) أقول وكذا فى النهاية وفيه بحث قال المصنف (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا) أقول أى مال حربى على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه

في الخطأ) أما الكفارة فلاطلاق الكتاب وأما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه) أو قتل مسلم تاجر أسيرا (فلا شئ على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة

قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد لانه قتل شخصا معصوما بالاسلام عدوانا وظلما وذلك موجب للقصاص وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولابي حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بان كان متوطنا هناك لا يكون معصوما فاذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الائمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من أهل دار الاسلام لا ينتقض احرازه نفسه بذلك والقصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر قال المصنف (أما الكفارة) يعني في الخطأ (فلاطلاق الكتاب) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة (و) وجوب الدية (لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول) الى دار الحرب (بالامان وانما لا يجب القصاص) في العمد (لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه بسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الامام اقامته اذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل اذا قدر عليه لان القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لان كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع الى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فان ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن يقضي بالثمن عند المرافعة لان العصمة المؤثمة بالاسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الامام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الاقامة يفرد بها الولي فتمنعه منه خلاف الدليل فالاقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه اذ تمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار اباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال ان قلتم انها دار اباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد ويجاب بان كونها دار اباحة له في الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه مع أن اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا الا أن تمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فان قيل ما ذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال (وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ) انما تجب أيضا في ماله لان وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه من ذلك ولا تقصير منهم في ذلك اذا كان في دار الحرب (قوله وان كانا) أي المسلمان (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شئ على القاتل) من أحكام الدنيا (الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة) وانما

رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال وروى عن أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه قال عليه القصاص في العمد لان بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم من أهل دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق لولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى ولاية الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين ووجه ظاهر الرواية أن الاحراز باق ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة تكفي لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن يقول لغيره اقتلني فقتله (قوله فلاطلاق الكتاب) وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أطلق ولم

في العمد والخطأ هكذا ذكره من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الامام قاضيخان ان هذا الحكم قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة رضي الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله (أما الكفارة فلاطلاق الكتاب) يعني قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة (وأما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان) لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا أنه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح

وقالا فى الاسيرين الدية فى الخطا والعمد) لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على مابيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية فى ماله لما قلناه ولابى حنيفة أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا فى أيديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا وخص الخطا بالكفارة لانه لا كفارة فى العمد عندنا

(فصل) قال (واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة ويقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والاصل أن الحربى لا يمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا بالاسترقاق أو الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمى لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا

عليه عقاب الآخرة فى العمد (وقالا فى الاسيرين الدية فى الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستئمان على مابيناه) يعنى من قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان فكان الاسيران كالمستأمنين (و) أما (امتناع القصاص فلعدم المنعة) كما ذكرنا (وتجب الدية فى ماله لما قلنا) أن العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما فى المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص فى العمد أن يقولا به فى الاسيرين لان الوجه يعمهما (ولابى حنيفة) وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين (أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا فى أيديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا) لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا) فى سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا فى أيديهم (و) انما (خص الكفارة بالخطأ لانه لا كفارة فى العمد عندنا) كما يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب أن يجرى فيهما حديث الشبهة كما تقدم على مافيه

(فصل) (قوله واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربى لا يمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا بالاسترقاق أو بالجزية لانه يصير عينا لهم) أى جاسوسا (وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع الميرة والجلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان أقامها بعد تقدم الامام اليه) أى قوله له ما يعتمده فى ضرب

يقيد بدار الحرب وبدار الاسلام فان قيل ينبغى أن تجب الدية عند أبى حنيفة رحمه الله فيما اذا قتل الاسير المسلم أسيرا مسلما لاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا الآية قلنا خص من هذا النص المسلم الذى لم يهاجر الينا فيخص المتنازع والجامع كون كل واحد منهما مقهورا فى أيديهم (قوله كما لا تبطل بعارض الاستئمان على مابيناه) اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وهذا أولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار (قوله كالمسلم الذى الخ) أى فليس فى قتله الا الكفارة فى الخطأ فكذلك هنا بجامع أن كل واحد منهما تبع لاهل الدار بالتوطن وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام فلا يكونون تبعا لهم فلا تبطل العصمة والله تعالى أعلم

(فصل) (قوله العين) الديدبان والجاسوس والعون الظهير على الامر والميرة الطعام يمتاره الانسان

وقوله (على مابينا) اشارة الى أن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله (ولابى حنيفة رضى الله عنه أن بالاسر صار تبعا لهم) يعنى وأهل الحرب أصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية وقوله (فيبطل به الاحراز أصلا) أى يبطل الاحراز بالعصمة المقومة بالكلية (وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا) بجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهى بالاسلام

(فصل) فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار عيره والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله (بعد تقدم الامام) يقال تقدم اليه الامير بكذا أو فى كذا اذا

(فصل واذا دخل الحربى الخ) قال المصنف (واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم فى دارنا سنة) أقول قال العلامة الكاكى فى فتاوى العتابى لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله ان يرجع اه وفى النهاية لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس بشرط لصيرورة الحربى المستأمن ذميا عند اقامته تمام السنة فى دار الاسلام بل يصير ذميا اذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير الى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليتدبر (قوله والجلب والاجلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به نقلة اللغة وما ذكره الشارح مع انه خلاف المنقول لا يناسب للميرة

وللامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا أقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى أرض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع

الجزية عليه (صار ذميا) فلا يمكن بعدها من العود الى داره (لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره و ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه جزية للسنة التي أقامها الا ان قال له ان أقمتها أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا أقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قيل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرط الصيرورته ذميا فانه قال ينبغي للامام أن يتقدم اليه فيأمره الى أن قال وان لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان أقمت طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي أن يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة *(فروع)* لو مات المستأمن في دار الاسلام عن مال و ورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلابد أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لاقول أبي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه مكن منه ومن يوجد في دارنا بلا أمان فهو وما معه فيء فان قال دخلت بامان لم يصدق وأخذ ولو قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يامن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيأ واذا دخل دار الاسلام بلا أمان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبي حنيفة بل يكون فيأ لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبي يوسف وظاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيأ للمسلمين وعلى قولهما الاول لكن لا يبايع ولا يسقى ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وان دخل الحربي دارنا بامان واشترى أرض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرية فانها تصير عشرية على قول محمد فانها وظيفة

من مار يمير والجلب المجلوب ومنه نهي رسول الله عليه السلام عن تلقي الجلب (قوله وللامام أن يوقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين) وأدنى الاوقات غير مقدر بل هو موكول الى رأي الامام الا أنه لا ينبغي له أن يرهقه على وجه يتضرر به فاذا امكث ما سماه جعله ذميا واستانف عليه الجزية بحول بعده الا أن يكون شرط عليه ان مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذ منه حينئذ ثم لا يتركه بعده أن يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها (قوله فاذا وضع عليه الخراج) في الفوائد الظهيرية المراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن منها وهو الصحيح (قوله لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس) لان كلا منهما من أحكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي بان يكون من أهل دارنا وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد رحمه الله بان اشترى أرضا عشرية

أمر به وقوله (وللامام أن يوقت في ذلك مادون السنة) يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام أقل من ذلك فعلى حسب ما رآه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول (فاذا أقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا) قال الامام قاضيخان فاذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا أن يكون شرط عليه أنه اذا جاوز السنة يأخذ الخراج فحينئذ يأخذ منه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما للجزية وقوله (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) قال في النهاية وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد بان اشترى أرضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض (لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس) اذ كل واحد منهما من أحكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي أن يكون من أهل دارنا وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أي وجوب الخراج (وقوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد بشرط الوضع) أي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما

فيتخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لأنها التزمت المقام تبعا للزوج (وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميا) لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لأنه أبطل أمانه (وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيأ) أما الوديعة فلأنها في يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيا تبعا لنفسه وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده

مستمرة وعلى قول أبي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام الذمي في حقه من منع الخروج إلى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ ووجوب كف الأذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الأسواق ظلما وعدوانا وهذه الأحكام الجمة التي نبه عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة فإنه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الأرض التي استأجرها خراجها على مالكها فإنه لا يصير ذميا إذا دخل وقت الأخذ لعدم الأخذ منه وكذا إذا أخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الإمام وتوظيفه أن يقول وظفت على هذه الأرض الخراج ونحوه لأن الإمام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة للأراضي المعلومة استمر على كل من صارت إليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لأنه به التزمه لأنه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها (قوله وإذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) ففي تزوجها مسلما أولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الأئمة الثلاثة في الحربية أيضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بأن تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فإن في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج إلى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الإسلام من ماله) له ما دام حيا وإن مات فهو لورثته وكذا إذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما إذا مات في دار الإسلام لأن ماله مشمول بأماننا ما دام في دارنا وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله فإن قيل ينبغي أن يصير فيا كما إذا أسلم

لأنهما جميعا من مؤن الأرض كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله (قوله فيتخرج عليه أحكام جمة) وجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله ولو وضع الخراج يكون ذميا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع (قوله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله) فإن قيل ينبغي أن يصير فيئا كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب فتكون يد المودع كيد المودع في تلك المسألة قلنا يد المودع كيد المودع من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في تلك المسألة لما أن دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وأما ههنا العصمة كانت ثابتة وقت الإيداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت إذ دار الإسلام دار عصمة وجف الفرس أو البعير عدوا وجيفا وأوجفه صاحبه إيجافا وقوله وما أوجف المسلمون عليه أي أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الإخراج يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم

من أحكام الإسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بجيم لما أشار إليه المصنف من قوله لأنه قد يشتريها للتجارة وقوله (فيتخرج عليه) أي على أن الوضع شرط (أحكام جمة فلا تغفل عنه) أي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج إلى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع وقوله (وإذا دخلت حربية بأمان) ظاهر وكذا عكسه وكذلك قوله (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان) خلا أن قوله لأن يد المودع كيده منقوض بما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فإنها تكون فيأ فلم تكن يد المودع كيد المودع وأجيب بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع وفي صورة النقض ليس كذلك لأن دار الحرب ليست دار

قال (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا هو مثل الاراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس

الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيأ ولا تكون يد المودع كيده في دار الاسلام أجيب بالفرق بأن ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام تثبت من كل وجه فيبقى الى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بأن يؤسر أو يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيأ لعامة المسلمين توضع في بيت المال لأنها في يده تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لأنها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين وأما الدين فيسقط عمن في ذمته لأن ثبوت يده عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين واذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بأنه سبقت يده اليه (قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أي ما أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته اذا حملته على الوجيف (يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكرى الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة والى أرزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شيء منه أحد (قالوا هو مثل الاراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما) وفي بعض النسخ فيها أي الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة أي أخرجهم فجلوا أي خرجوا وأجلى القوم أيضا خرجوا فكل من ذي الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس ولا حد في الفيء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى من يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا أن قوله في الجزية مخالف للاجماع قال الكرخي ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام فانه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط في ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وان كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن لعدي بن عدي الكندي أن عمر بن عبد العزيز كتب الى من ساله عن مواضع الفيء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما ما في السنن عن عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله فمعناه أن التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا أن مصارف بيت المال اذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الائمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح نفقته هو عليه الصلاة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور

وأجلاهم فجلوا أي أخرجهم فخرجوا يتعدى ولا يتعدى (قوله والجزية) بالجر عطفا على الاراضي (قوله وقال الشافعي رحمه الله فيهما) أي في الاراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية وفي بعض النسخ فيها أي

عصمة قال (وما أوجف المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأوجفه صاحبه ايجافا وقوله (وما أوجف المسلمون عليه) أي أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى. وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الاراضي أي هو مثل الاراضي التي أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه فيهما) أي في الاراضي التي أجلوا عنها أهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها أي في الاراضي والجزية والخراج

قال المصنف (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب) أقول أنت خبير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن

ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ماذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس (واذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء) أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيأ وغنيمة (وان أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لانه في يد محترمة ويد كيده (وما سوى ذلك فيء) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة (واذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا) وقال الشافعي تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه

ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بانه كان يفعل ما تحققت له أدنى قدرة عليه وأما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولانه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغانمين بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ماذكرنا) من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن لا بعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله واذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هنا) أي في دار الاسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم فذلك كله فيء أما المرأة والاولاد الكبار فانهم حربيون وليسوا باتباع) للذي خرج لانهم كبار (وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا) يكون فيأ مرقوقا (لما قلنا) في باب قسمة الغنائم من أنه جزؤها وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه) بالاسلام (لاختلاف الدارين فبقي الكل فيأ فاما اذا أسلم في دار الحرب ثم جاء) الينا (فظهر على الدار) وباقي الصورة بحالها (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيها (اذ الدار واحدة وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لانه في يد محترمة ويده كيده) لانه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدهما غصبا فانه يكون فيأ لعدم النيابة وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيأ الا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الائمة الثلاثة وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين في باب الغنائم مستوفى (قوله واذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد) وهو قول مالك وأحمد (لانه

في الثلاثة وهي الاراضي والجزية والخراج (قوله ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال) بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين فلما استحق ما أوجف المسلمون عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة واحدة ولم يتبعض استحقاقه لذلك كما في مال الزكاة والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره بالغنيمة وقوله فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغانمون بمعنى وهو مباشرتهم القتال (قوله وفي هذا السبب واحد) أي في المأخوذ بالايجاف (قوله وهو ماذكرناه) وهو قوله ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين (قوله لما قلنا من قبل) أي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء لانه جزؤها فيرق برقها (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لانه في

(قوله ولانه) أي ولان ما أوجف عليه المسلمون من المال وقوله (من غير قتال) يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنيمة لانه) أي الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغانمون الباقي بمعنى) وهو مباشرة الغانمين القتال (وفي هذا) أي فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ما ذكرناه) يعني قوله انه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس (قوله لما قلنا من قبل) أي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية الخ وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا) انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في أيديهما يكون فيأ لعدم النيابة (قوله فلما قلنا) اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع (قوله واذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا وقال الامام الشافعي رضي الله عنه تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتتعلق بما له أثر في استحقاق

الكرامات وهو الاسـلام اذبه تحصل السعادة الابدية لا بالدار التى هى جماد لا أثر لها فى استحقاق الكرامة ومن أراق دما معصوما ان كان خطا ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك فى دار الاسلام (وهذا) أى وجوب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسلام (لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهى ثابتة) فيما نحن فيه (اجماعا) فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما فى أى موضع كان (والعصمة المقومة كمال فيـه) أى فى أصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك أكمل وأتم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التى هى المؤثمة (فتعلق بما تعلق به الاصل) وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثـمة تعلقت بالاسـلام فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة فى قتـل الحربى الذى أسـلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا (ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) وكان أبو حنيفة رضى الله عنـه يؤول هـذه الآية بالذين أسلموا فى دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض أئمـة التفسير أيضا ووجه الاسـتدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمن الذى فى دار الاسـلام وبين المـؤمن الذى هو من قوم عـدو لنا فى حـق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم فى الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبـة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وفى الثانى الكفارة دون الدية وذلك من وجهين أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثانى أنه كل المذكور حيث لم يذكر غـيره وذلك يقتضى انتفاء غيره لان قصد الشارع فى مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره فى موضع البيان

أراق دما معصوما (لوجود العاصم وهو الاسلام) لكونه مستجلبا للكرامة وهـذا لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصـل الزجر بها وهى ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء أو الى كونه كل المذكور فينتفى غيره

أراق دما معصوما) بالاسلام (لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة أصلها) العصمة (المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) أى بالعصمة ولو قال به أى بالاثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه) أى فى أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أى بالتقوم على المنتهك لها (فتعلق) هذه العصمة (بما علق به الاصل) أعنى المؤثمة وقال النبى صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه فى القتل الخطا ولم يسـتدل على منع القصاص فى العمد اكتفاء بما ذكر فى المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى أفاض فى تفاصيل موجبات القتل الخطا فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصـدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان أى المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مفيض فى بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المصنف

يد محترمة وانما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا فى ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجب أن لا يكون فيئا الا ما كان غصبا عنـد حربى على قياس ما اذا أسـلم الحربى فى دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه أن ما كان وديعة عند حربى أو غصبا عند مسـلم أو ذمى أو ضائعا فهو فىء عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون فيئا كذا فى الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله (قوله لكونه مستجلبا للكرامة) لان العصمة تثبت نعـمة وكرامة فيتعلق بما له أثر فى استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذبه تحصل السـعادة الابدية لا بالدار التى هى جماد فلا أثر لها فى استحقاق الكرامة (قوله لحصول أصل الزجر) ولهذا وجب الزاجر الذى هو الكفارة بالعصمة المؤثمة بالاتفاق (قوله والمقومة كمال فيه) أى فى أصـل العصمة وذلك لانه لما وجب الاثم والمال كان ذلك أكمل من الذى وجب فيه الاثم دون المال فيتعلق الكمال وهو العصمة المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤثمة أى تعلقت العصمة المقومة بالاسلام كما تعلقت به العصمة المؤثمة فتجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى أسـلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا (قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبـة مؤمنة) فالآية سيقت لبيان أنواع القتل وموجباته فاوجب أولا فى المؤمن المطلق دية وكفارة لقوله تعالى وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبـة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ثم أوجب بقتل مسـلم لم يهاجر الينا كفارة لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن أى المقتول اذا كان من الكفار دارا وهو مؤمن فتحرير رقبة ثم أوجب بقتل الذى هاجر دية وكفارة فدل ايجاب الكفارة وحـدها فيمن لم يهاجر على أن لا دية (قوله جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء) لان الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للكافى لانه

(قوله والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام الخ) أقول لم يظهر مما ذكره كون وجود القصاص مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسلام (قوله

وقوله (ولان العصمة المؤثمة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها و بيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالآدمية (لان الادمي خلق متحملا أعباء التكاليف) اى اثقالها ومن خلق لشئ وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام باعباء التكاليف (والقيام بها بحرمة التعرض) أي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالآدمي وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقا الا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل (والاموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمي (أما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) لان المتقوم هو الشئ الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أي جبر الفائت (في الاموال دون النفوس) لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى أو معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول فكانت النفوس تابعة) (للاموال في العصمة ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شئ والعصمة المقومة أصل مستقل في شئ آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز والمرتد

ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها أما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب ابطالها

وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقرر بان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان أي كفا وهو سهو لان لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحي أي جعلي لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء أي دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل (ولان العصمة المؤثمة) في الاصل (بالآدمية) لا بوصف الاسلام (لانه خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها) لا يمكن الا مع (حرمة التعرض له) وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس (لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومن شرطه التماثل وهو في الاموال لا النفوس فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للاموال (ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فاوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستامن اذا قتلا في دارنا

ماخوذ من جزا أي كفى فيمتنع وجوب شئ آخر معه تفاديا عن الزيادة على ما هو كاف فمن أوجب الدية جعل تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا فان قيل تحرير الرقبة ان كان كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض الواجب بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة قلنا تحرير الرقبة جزاء حقيقة والجزاء الحقيقي لا يجوز أن يكون كلا و بعضا وانما يكون بعضا بقضية نص آخر اذا كان ذلك النص ناسخا لهذا النص ولا يمكن القول بالنسخ لان الآية نزلت بمرة واحدة والناسخ والمنسوخ لا يردان معا ولو تصور النسخ فقوله عدو لكم متاخر فيكون ناسخا للاول على أن هذا المؤمن غير داخل في تحت صدر الآية لانه أفرد له حكما آخر لانه جعل كل الجزاء الكفارة وفي صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزاء فلم يكن داخلا تحت صدر الآية (قوله أو الى كونه كل المذكور) لان كل المذكور ههنا التحرير لا غير والموضع موضع الحاجة الى البيان لانه شرع في بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير فعلم به أن الواجب هو التحرير لا غير اذ السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان بان ما هو المذكور كل الواجب ولا يلزم الاخلال في بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز (قوله والقيام بها بحرمة التعرض) أي انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكاليف اذا كان محرم التعرض اذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من اقامة التكاليف (قوله لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومعنى الجبر يتحقق في الاموال لان الفائت من ذوات الامثال يجبر بالصورة والمعنى وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان التقويم ينبئ عن خطر المحل والخطر انما يثبت اذا كان ممنوعا عن الاخذ فيما تصل اليه الايدي وما تصل اليه الايدي بلا منازع ومدافع لا يكون خطيرا كالماء والتراب فكذا في النفوس (قوله الا أن الشرع) هذا جواب من قال المسلم الذي أسلم في دار

فاذا كان كافيا الخ) أقول قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود فراجعه

والمرتد والمستأمن فى دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لا ولى له أو قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه لا وارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمد والولى معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وقوله وان شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية أنفع فى هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

(باب العشر والخراج)

الدية أجاب بانهما (من أهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها) فلم يجب شئ وأما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا منى دماءهم فنقول لا شك فى ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام الا بحقه ومن حقه أن يكونوا فى دارنا لا يكثرون سواد العدو الا أن هذا لا ينتهض فى الاسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولى له أو قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة) بالاسلام وداره (خطأ ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه لا وارث له) بالفرض لا أن المأخوذ ملكه هو بل يوضع فى بيت المال (وان كان) قتل المسلم الذى لا وارث له والمستأمن الذى أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا (عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح لا الجبر (لان موجب العمد عندنا القصاص عينا) الا أن يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولى المقتول (قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث فى باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة أخرى هى أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع فى رأيه وبما ذكرنا ظهر أن الاولى أن يقول وهذا لان الدية قد تكون أنفع والا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا اشكال فى وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتى قبلها وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية فى ماله ولا أقتله لانه لا يخلو عن ولى كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذى قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم له ولى ولا هو فى مظنته واحتمال كونه له فى نفس الامر لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه فى نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

(باب العشر والخراج)

الحرب له منعة أيضا وهم الكفار فيكون محرزا فقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لانا مامورون بابطال تلك المنعة (قوله والمرتد والمستامن فى دارنا من أهل دارهم حكما) هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصمة المقومة بالاحراز بالدار بان يقال انهما محرزان بدار الاسلام فينبغى أن يجب لهما التقوم ولم يجب حتى أن فى قتلهما لا تجب الدية مع أنهما فى دار الاسلام (قوله وان شاء أخذ الدية) أى بطريق الصلح لان موجب العمد القود عينا (قوله وهو العامة أو السلطان) فان قيل تردد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث قلنا الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة المكاتب والله تعالى أعلم بالصواب

*(باب العشر والخراج)

لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا فى غاية التحقيق خلا أنه توهم أن لا علكوا أموالنا بالاحراز الى الدار كما قال به الامام الشافعى رضى الله عنه ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم فى دارهم وأما اذا وقع خروجهم الى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كامل وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله (والمرتد والمستأمن) جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب أن يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر وأما المرتد فكذلك لانه يقصده هربا من القتل وقوله (ومن قتل مسلما خطأ الخ) واضح واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بان التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث وأجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة الكتاب

(باب العشر والخراج) لما ذكر ما يصير به الحربى ذميا شرع فى بيان الخراج

(باب العشر والخراج)

قال (أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان) لان النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تغاير بعهما كثرة فاوردهما في بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بعرض قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض أو نماء الغلام وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحدد الاراضي العشرية والخراجية أولا لانه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ماء لتميم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لغفا ما في قوله ما بين العذيب (الى أقصى حجر باليمن) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانها خطأ لان أبا يوسف قال حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد (والسواد) أي سواد العراق أي أرضه سمي به الكثرة اخضراره وحده (من العذيب الى عقبة حلوان) عرضا (ومن العلث الى عبادان) طولا (ويقال من الثعلبية الى عبادان) قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف هذا فارض العرب كلها عشرية (لانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع (ولان شرط الخراج أن يقر أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام) والا يقتلون ولانه كالارق

ذكر أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه في الامالي حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن وهو مهرة وفي شرح القدوري قال الكرخي رحمة الله تعالى عليه أرض العرب كلها عشرية وهي أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعني البادية وقد ظهر أن من روى الى أقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد أي أراضي سواد العراق وبه صرح الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه يقال سواد الكوفة والبصرة أي قراهما وسمي سواد العراق به لخضرة أشجاره وزروعه العذيب ماء لتميم وحلوان اسم بلد والثعلبية من منازل البادية وضعها موضع العلث في حد السواد خطأ العلث بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة عبادان حصن صغير على شط البحر (قوله وهو ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة وهذا طوله) وقوله بمهرة تفسير قوله الى أقصى حجر وأما عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالج الى مشارق الشام ومهرة بفتح الميم وسكون الهاء أبو قبيلة وسمي به ونسبت الابل المهرية الى ذلك الموضع (قوله والسواد أرض خراج) وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان هذا عرضه (قوله ومن العلث الى عبادان) هذا طوله كذا في النهاية (قوله

الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل واحد منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لتميم والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لانه وقع في امالي أبي يوسف الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع الى مشارف الشام أي قراها عرضها والسواد أي أراضي سواد العراق أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح

(قوله وذكر العشر استطرادا الخ) أقول فيه عنونة الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقبحه الشريف الجرجاني في أول مباحث الكليات من حاشية المطالع (قوله الى مشارف الشام) أقول المشارف بالفاء

على

على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال (وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لان الامام اذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل أرض فتحت عنوة فاقر أهلها عليها فهي أرض خراج) وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج

على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي (لان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله (ووضع على مصر الخ) أسند الواقدي الى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند أيضا الى عمرو بن الحرث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج اليه ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا على يدي عمرو ابن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف قيل ومدن الشام فتحت صلحا وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دالها الفتح في المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم وتصرفهم) فيها بالرهن والهبة (لان الامام اذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل) في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فاحرزوا ملكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة ولانه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل ان شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فانها فتحت عنوة) على ما أسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة (ولم يوظف عليها خراجا) ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم أخرج مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه انه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر وأخذوا من بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظر الي وقال يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله قال اهتف لي بالانصار فلا يأتيني الا أنصاري فهتف بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبشت قريش أوباشها فقال لهم ألا ترون الى أوباش قريش وأتباعهم ثم قال بيده فضرب باحداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال أبو هريرة فانطلقنا فما شاء احد منا أن يقتل من شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمم هذا الى ما هنالك وقد ذكر القتبي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي أبي موسى وعثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يدي أبي موسى خاصة وأما

والخراج أليق به) لان في الخراج معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى أنه يجب وان لم يزرع والكافر أليق

وقوله (قدمناه من قبل) يعني في أول باب الغنائم (قوله والخراج أليق به) يعني من حيث ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظ الوجوب وان لم يزرع والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة أي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في أرضهم

(وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج ومالم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر) لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر

بالعقوبة ومكة مخصوصة من هذا وكان القياس فى أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة لكن رسول

خراسان ومرو رود فتحتا صلحا فى خلافة عثمان على يدى عبد الله بن عامر بن كريز وأما ماوراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدى المهلب ابن أبى صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الرى فافتتحها أبو موسى فى خلافة عثمان صلحا وفى ولايته فتحت طبرستان على يدى سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة وأما جرجان ففى خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر فى خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة فى وقعة جلولا ونهاوند على يدى سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يدى عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضى الله عنه وأما الهند فافتتحها القاسم ابن محمد الثقفى سنة ثلاث وتسعين (قوله وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ) قد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما فى القدورى والجامع أو زيادة فى الجامع يقول بعد لفظ القدورى وفى الجامع الصغير الى آخره وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدورى كل أرض فتحت عنوة فاقر أهلها عليها فهى أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل اليها ماء الانهار أولا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع أن الارض التى أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن الا خراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما فى الابتداء فهو أيضا عنه والعبارة التى نقلها عن الجامع فى غاية البيان ليست كما فى الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وكل شئ لم يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهى أرض عشر والاراضى التى أسلم أهلها عليها فهى أرض عشر فقوله وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج الى ما يفتح عنوة والى مالم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بان يقر أهلها عليها بالضرورة وكأن هذا معلوم اذ لا يبتدأ المسلم فى أول الفتح قط بتوظيف الخراج فى الاراضى المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية مالم تكن حولها الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التى فتحت عنوة ان أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التى أحياها حى فان التى فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة والمقر أهلها عليها ليس الا الموات التى أحييت ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج اذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهى خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التى تليه فانها هى وحاصلها أن محمدا قال فيمن أحيا أرضا ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقى الانهار العظام التى لا يملكها أحد أو بالمطر فهى عشرية وان أحياها بماء الانهار التى شقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهى خراجية لان الاعتبار فى

(قوله وفى الجامع الصغير الى قوله فهى أرض خراج) يعنى سواء قسمت بين الغانمين أو أقر أهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة (قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الاطلاق محمول على القيد وهو ما اذا كان المحيى مسلما وأما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز أرض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضى ذلك وهو السقى من ماء الخراج اذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذى حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا أشار شمس الائمة

(قوله وهو السقى من ماء الخراج الخ) أقول لا يخفى عليك أن هذا الكلام انما يناسب مذهب محمد والا فابو يوسف لا يعتبر السقى من ماء الخراج فلا وجه لايراده فى هذا المقام ظاهرا فتأمل

السقي بماء العشر أو بماء الخراج قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهي خراجية وان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية) والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لانها من حيز أرض الخراج الا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد ان أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الانهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا ان أحياها بماء السماء (وان أحياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع

مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبي يوسف تعتبر بحيزها) أي بما يقرب منها (فان كانت من حيز أرض الخراج أي بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لان القرب من أسباب الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للاجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يد في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الى آخره أن المراد بموضوع المسئلة أعني قوله ومن أحيا أرضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك لانه لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أو لا وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فما سقي بماء حموه وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع) ثمانية أرطال خلافا لابي يوسف نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي واستحسن والدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض

الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج وكالارق على العرب فكذا الخراج على أراضيهم (قوله نهر الملك) على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون

يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان أحيا فيها مسلم يجب عليه العشر ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك باجماع الصحابة (قوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذا ههنا تعطى هذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا نظر في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها قال (والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) اعلم أن الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض (في كل جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة (قفيز

هاشمي وهو الصاع) من حنطة أو شعير على ما قال الامام قاضيخان في فتواه أو مما يزرع فيها

و درهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم

يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلد ان ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شئ فيه من الخارج (وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه في الزروع وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها الى أن يطعم فاذا أطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان أقل فنصفه الى أن ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال (انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق) وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والانصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا أي وضع الخراج ولا يخفى أن مرجع اسم الاشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض ثم حدث عن أبي اسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر عثمان ابن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر أربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال أبو عبيد في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى أن قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر أربعة وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ما هنا من الاختلاف ومالك رحمه الله يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فتفوض الى اجارته كما هو الرسم الآن في اراضي مصر فان المأخوذ الآن بدل اجارة لا خراج ألا ترى أن الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا ان أرض مصر

على ماذكر في شرح الطحاوي (ودرهم)

بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا

ولان

ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها قال (وماسوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لانه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شئ كان قال (فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام) والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع ألا ترى الى قول عمر لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند أبي

خراجية والله أعلم كأنه لموت المالكين شيأ فشيأ من غير اخلاف ورثة فصارت البيت المال وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها الا ان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله لارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك وأحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال (ولان المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لانه يبقى على الابد بلا مؤنة وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا و (أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية في كل عام (والرطاب بينهما) لانها لا تدوم دوام الكرم ويتكلف في عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة أصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر (قوله وماسوى ذلك) أي من الاراضي التي فيها أصناف غير ما وظف فيه عمر رضي الله عنه (كالزعفران) والنخيل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج (لان التنصيف) بعدما كان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال (عين الانصاف) (قوله فان لم تطق ما وضع عليها) بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا أفاده في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا فرق بين الارضين التي وظف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها وأجمعوا أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضي الله عنه أو امام آخر مثل وظيفة عمر ذكره في الكافي وأما في بلد لو أراد الامام أن يبتدئ فيها التوظيف فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف وقول الشافعي له ذلك ومعنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته من حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضي الله عنه ومنعه أبو يوسف بان عمر رضي الله عنه لم

ذكر الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات وقيل هذا حكاية عن جريبهم في

(قوله فالكرم أخفها) يعني وأكثرها ريعا لا يبقى على الابد بلا مؤنة (والمزارع أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام (والرطاب بينهما) لانها تبقى أعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيأ من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك (لانه ليس فيه توظيف عمر) فنعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف من الانصاف ان لا يزاد على النصف (قوله والبستان كل أرض يحوطها حائط) ظاهر

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه) بالاتفاق (لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة) أى استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضا (لانه فات النماء التقديرى) الذى أقيم مقام النماء الحقيقى (فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة) فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لانها لم تبق نامية فى جميع الحول (أو) يقال (يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج) يعنى أن النماء التقديرى كان قائما مقام الحقيقى فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الاجرة فما الفرق بينه وبين الخراج أجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شئ جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر فى الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا أما اذا بقى فلا يسقط الخراج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته قالوا

يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة (وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته

يزد حين أخبر بزيادة طاقة الارض ففى البخارى من حديث عمرو بن ميمون أخاف أن تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قال حملناها أمرا هى له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن على بن الحكم البنانى عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل (قوله وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه) أما فى غلبة الماء أو انقطاعه (فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج) وأما فى الاصطلام فلفوت (النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة أو يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج) لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور فى الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقى لا يسقط الخراج لانه عطلها وفى الفتاوى الكبرى تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أى زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافى الوجه الثانى لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان أسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان وأما الوجه الاول فصريح فى نفى الوجوب وان بقى امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعى مؤنا كالاول فان أخرج شيأ فقصاراه أن يفى بالخراجين فأخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تغيير أصل مال الزارع وكذا ان زرع (قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن) من الزراعة (كان ثابتا وهو الذى فوته) أى فوت الزرع وهذا

أراضيهم وليس بتقدير لازم فى الاراضى كلها بل جريب الاراضى يختلف باختلاف البلدان فيعتبر فى كل بلد متعارف أهله فالمراد بالقفيز الصاع وهو ثمانية أرطال أربعة أمناء خلافا لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة أو الشعير وفى شرح الطحاوى قفيز مما يزرع فيها الرطبة بالفتح الاسفست الرطب النخيل المتصل الذى اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولة بها (قوله أو اصطلم الزرع آفة) فلا خراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولو أخذناه بالخراج كان به استئصاله ومما حمد من سير الاكاسرة أنهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما انفقوا ويقولون التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح فان لم يرد عليه شيأ فلا أقل من أن لا يأخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا فى ذمته فأما الخراج فصلة واجبة بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذى اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده وفى الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والخراج مع أن كل واحد منهما متعلق بالتمكن وهو أن الاجر يجب شيأ فشيأ بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الخراج لانه لا يجب شيأ فشيأ فتعتبر المكنة فى المدة التى يحصل فيها الريع ثم قال هذا اذا ذهب كل الخارج أما اذا ذهب بعضه فان بقى مقدار الخراج ومثله ان بقى مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقى أقل من مقدار الخراج يجب نصفه قال مشايخنا رحمهم الله ما ذكر فى الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض ثانيا أما اذا بقى فلا يسقط الخراج (قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته هذا اذا كانت الارض

قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح ان الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها

بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فأما اذا لم يتمكن لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقى أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة أو يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقى الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشترى وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا فى الحجر على المكارى المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع فى أثناء السنة فان بقى منها قدر ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن أبى يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح أيضا ومن فروع ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه خراج الاعلى) وهو الكرم (لانه هو الذى ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا لا يفتى بهذا لما فيه من تسلط الظلمة على أموال المسلمين اذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعى يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك فى رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر واجبا أولى ولان وضع عمر رضى الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة بما كان الا ليجد الذين يجيؤن من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدى الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه أو تقية من الكلفة وتجشم المشاق فى الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقى قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن على ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمى أنه قال لعمر بن الخطاب رضى الله عنه انى اشتريت أرضا من أرض السواد فقال عمر أنت فيها مثل صاحبها قال البيهقى وأخبرنا أبو سعيد حدثنا أبو العباس الاصم حدثنا الحسن بن على بن عفان حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال أسلمت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه ان اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها

صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنه وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر ولكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة وعن أبى يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا وفى جمع الشهيد رحمه الله باع أرضا خراجية فان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) فعليه خراج الاعلى كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس فان قيل كيف يجوز هذا وهم لو أخذوا كان أخذهم فى موضعه لكونه واجبا قلنا المعنى من ذلك انا لو

قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد للعامة (قوله قالوا) يعنى المشايخ (من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بأن كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير مثلا (وجب خراج الزعفران لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) وردبانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو أخذوا كان فى موضعه لكونه واجبا وأجيب بانا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم فى أرض ليس شأنها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسلم من أهل الخراج)

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم

والا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر ادفعوا اليها أرضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقانا أسلم على عهد علي رضي الله عنه فقال علي ان أقمت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضك وان تحولت عنها فنحن أحق بها وقال ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا اذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل ولو قال من المسلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام أخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك للاخذ منه هل يكره له ذلك أولا فيجب لفظ للمسلم ليتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روى انه عليه الصلاة والسلام رأى شيأ من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنا منهم أن الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لا ماذكروه اذ لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء ألا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان) ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على أبي حنيفة وانما رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى وصله نعم انما روى عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا ابراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو نميلة حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع

أفتيناه بذلك لادعى كل ظالم في كل أرض ليس هذا شأنها انها كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران أو الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران أو الزراجين وهذا منهم طمع في غير مطمع فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا في الفوائد الظهيرية (قوله من غير كراهة) احترازا عما يقوله المتقشفة بانه مكروه ويستدلون بما روى أن النبي عليه السلام رأى من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا أن المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة وقد روى عن عبد الله بن مسعود والحسين بن علي وشريح رضي الله تعالى عنهم أنه كانت لهم أرضون بالسواد يؤدون خراجها (قوله في محلين مختلفين بسببين مختلفين) وكذلك لمصرفين

ولان

ظاهر (قوله من غير كراهة) احترازا عما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية انه مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيأ من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم وجعلهم أذلة ولان الصغار ان كان فانما يكون في الوضع ابتداء وأما بقاء فلا بخلاف خراج الرؤس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام (قوله وجبا في محلين بسببين مختلفين) يعني ولمصرفين مختلفين أما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج وأما اختلاف السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا وأما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم)

قال المصنف (وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول قال الاتقاني لو قال من المسلم لكان أولى اهـ فيه تأمل

رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قوله والوصفان لايجتمعان)

ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لايجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) لان عمر

بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال وأما قوله (ولان أحدا من الائمة الى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا الآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه يفيدك ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام ماسقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية (الا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا) لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره (وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها) فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله (ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا أسلم أهلها) عليها ولازم الاول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا أقر أهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصلح أو بان أحياها وسقاها بماء الانهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا من أرض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد أرأيت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم واذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أي العشر والخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج ألزم للارض بخلاف الزكاة فانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله

مختلفين) أما اختلاف المحل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج وأما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا وأما اختلاف المصرف فان الخراج مصروف الى المقاتلة والعشر مصروف الى الفقراء (قوله والوصفان لايجتمعان في أرض واحدة) لان بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) حتى لو اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة

لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان الى الارض) يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أي العشر أو الخراج صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي ومفرعهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا أن المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر والخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ولمحمد فيه ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح

باسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب
حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وان كانا

لم يوظف مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

(باب الجزية)

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه

عنه لم يوظف مكررا) في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها وقد يوازي بما تعلق الخراج بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشيء فان أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الارض من الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

(باب الجزية)

هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا أطلق الخراج فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كاللحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف (وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح) عليها (فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق) فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة هذا وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية يعني قيمتها أوقية وقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية أربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضيهم قال أبو يوسف

التجارة عندنا لان الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كالزكاة فلا يجتمعان كما لا تجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد ثم العشر أو الخراج صار وظيفة لهذه الارض فلا يسقط مع أنه أسبق ثبوتا من زكاة التجارة ولانه آكد على معنى أنه لا يسقط بعذر ما والزكاة تسقط بعذر الصبا والجنون واذا كان آكد كان أولى بالايجاب كذا في الايضاح والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الجزية)

الجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل هي ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجر وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمال ولو جاز ذا لجاز تقرير الزاني على الزنا بمال يؤخذ منه والجواب عنه أنه ليس المقصود هو المال بل الدعاء الى الدين بأحسن الوجوه لانه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يسلم مع أن فيه دفع شر قتاله (قوله كما صالح رسول الله عليه الصلاة والسلام بني نجران على ألف ومائتي حلة) نجران بلاد وأهلها نصارى والحلة ازار ورداء هذا هو المختار

بسبب ملك واحد والباقي ظاهر

(باب الجزية)

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا أنه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره أجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق (قوله وهي على ضربين) ظاهر ونجران بلاد وأهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين وقوله (ولان الموجب هو التراضي) أي الموجب الاتفاق

(باب الجزية)

(قوله أجيب بان الجزية الى قوله كالاسترقاق الخ) أقول هذا الجواب مع سؤاله في شرح الاتقاني الا أن الاظهر في الجواب هو الشق الاول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهم ما لم يجز أن يجاب بانه بدل عن النصرة لما سيجيء فليتأمل قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول الكاف للتعليل ولذلك عطف عليه قوله ولان الموجب الخ

الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغنى والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل

الفاحلة على أراضيهم، وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضي نجران وان كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم وأما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان اهـ يعني أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع ثم اذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشترى المسلم وعشران من التغلبي المشترى وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله بني نجران فان نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبي قبيلة فلذا كان الثابت في الحديث أهل نجران (و) الضرب الثاني (جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا (فيضع على الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل شهر درهما) واحدا (وقال الشافعي يضع على كل حالم) أي بالغ (دينارا) أو اثنى عشر درهما وقال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثنى عشر درهما لان عمر قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغنى أربعة دنانير وقال مالك رحمه الله يؤخذ من الغنى أربعون درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير مقدرة بل تفوض الى رأى الامام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفي حلة وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها بشئ معين بل مفوض الى رأى الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان احداهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي وجه قوله ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الاعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم دينارا أو عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حديث حسن وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو أصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق حدثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى أن قال ومن كل حالم أو حالمة دينارا أو عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شئ وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال أبو عبيد وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ اذ كان في أول الاسلام نساء المشركين

ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول من حل الدار أو الحل من حل العقدة لما بينهما من الفرجة (قوله على الغنى الظاهر الغنى) هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل والمتوسط الذي له مال لا يستغنى عماله عن العمل والمعتمل الذي يكسب أكثر من حاجته ولا مال له وقيل الفائق الذي يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذي يملك مائتي درهم فصاعدا والمعتمل الذي يملك ما دون المائتين أو لا يملك شيأ كذا في شرح القدوري (قوله أو عدله معافر) أي خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة كذا في المغرب وذكر في الفوائد الظهيرية

لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا وقوله (فيضع على الغنى الظاهر الغنى) قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين أو لا يملك شيأ لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضا فعليه أربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى مالا نهاية له وهو معتمل أيضا فعليه ثمانية وأربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن أبي نصر محمد ابن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة (أو عدله معافر) أي وخذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال

ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة

و ولدانهم يقتلون مع رجالهم و يستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام هم من آبائهم ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس و بالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان تنسب اليه هذه الثياب المعافرية وهذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم) فيه (الغني والفقير) لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي) ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا أرضها و وضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد ابن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا أبو نعيم حدثنا مندل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع الى آخره وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى أبي نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما افتتح من البلاد فوضع على الغني الى آخره ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولانه) أي الجزية (وجب نصرة للمقاتلة) أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار لان من هو من أهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت عليهم الى أهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة و وضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا و يركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا

معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه و بالكسر مثله من جنسه (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم) التمسك به من وجهين أحدهما أن نصب المقادير بالرأي لا يكون فدل أنه اعتمد السماع من النبي عليه السلام و الثاني أنه فعل ذلك بحضر من الصحابة رضي الله عنهم ومشورة منهم ولم يرده عليه أحد فصار اجماعا (قوله وهذا لانه اوجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال) ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين فان قيل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية فرض عين قلنا ان القتال في الاصل واجب على كل انسان منا لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الآخرين وهذا كالسعي واجب على كل مسلم فان حمله انسان كرها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لامكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لزم على كل انسان ذلك فان قيل

ثوب معافري منسوب الى معافر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة) وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا (كما في خراج الارض) وقوله (وهذا) اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس

(قوله لانها تجب بدلا عن النصرة) أقول من هنا الى قوله قام مقامه عين عبارة الاتقاني

والمال لان كل من كان من أهل دار الاسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون فى سبيل الله باموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ

النفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال (وعبدة الاوثان من العجم)

معنى قول المصنف (وذلك) أى النصرة (يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله) يعنى الجزية والحاقا بخراج الارض فانه وجب على التفاوت فاورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الامام منهم ذلك والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك أجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه أن النصرة التى فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم فى حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها نعم سيجىء ما يفيد أن الجزية تخلف عن قتلهم والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا قال (وما رواه) من وضع الدينار على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولان أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبى صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء يدل على ذلك ما روى البخارى عن أبى نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار هذا ثم اختلف فى المراد من الغنى والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر وان ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل أى المكتسب وقال الفقيه أبو جعفر ينظر الى عادة كل بلد فى ذلك ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين وفى البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن أبى نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا فى نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شئ أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض (قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا أنهم يخالفونهم فى فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفى فتاوى قاضيخان وتؤخذ أى الجزية من الصابئة عند أبى حنيفة خلافا لهما وأطلق فى أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم وأما المجوس عبدة النار ففى البخارى ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة فى البحرين (قوله وعبدة الاوثان)

النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة قلنا ان الخلفية عن النصرة فى حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين كذا فى الاسرار (قوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته) فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا ووسط الحال ينصرها راكبا والفائق فى الغنى يركب ويركب غلامه

الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذى قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة أجيب بان الخلفية عن النصرة فى حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة مال أعاروا دوابهم للمسلمين (وما رواه محمول على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك أنه أمر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية (وعلى المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخارى أن عمر رضى الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد فى البحرين (وعبدة الاوثان من العجم)

(قوله لان كل من كان من أهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى الخ) أقول فى الدلالة بحث (قوله فان قيل النصرة طاعة الخ) أقول السؤال والجواب مذكوران فى النهاية

وهو بالجر عطفا على أهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ماذكر فى الكتاب (وفيه خلاف الشافعى رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة وأما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال أن نفقته فى كسبه فكان اذا كسبه الذى هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة فى معنى أخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبى فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب أن قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبى ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله (وان ظهر عليهم) أى على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فىء) أى غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ) على ماذكر فى الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف أو الاسلام (زيادة فى العقوبة) عليه

وفيه خلاف الشافعى هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه فى حق أهل الكتاب بالكتاب وفى حق المجوس بالخبر فبقى من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب و يؤدى الى المسلمين ونفقته فى كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فىء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلان النبى صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم أظهر وأما المرتد فلانه كفر بربه بعد ماهدى للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة فى العقوبة

بالجر أى وتوضع على عبدة الاوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعى هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه) الى الجزية (فى حق أهل الكتاب بالقرآن) أعنى ماتلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (وفى المجوس بالخبر) الذى ذكرناه فى صحيح البخارى (فبقى من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلا من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية (فانه يكتسب و يؤدى الى المسلمين و) الحال أن (نفقته فى كسبه) فقد أدى حاجة نفسه الينا أو بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذى استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج أهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا أتباعا لاصولهم فى الكفر فكانوا أتباعا فى حكمهم فكان الجزية على الرجل واتباعه فى المعنى ان كان له أتباع والا فهى عنه خاصة (قوله وان ظهر عليهم) أى على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية (فهم فىء) وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما) يعنى مشركى العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا فى معنى العجم (أما العرب فلان القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلان كفرهم بعد ماهدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة فى العقوبة) لزيادة الكفر (وعند

(قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) أى من العرب والعجم (قوله فالمعجزة فى حقهم أظهر) لانه نشأ بين أظهرهم وكانوا أعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه أمينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الاحتراز فمن كان محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم وكانوا أعرف بفهم معانيه وأعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم ألزم فان قيل على هذا وجب أن لا تقبل الجزية من العرب وان كانوا من أهل الكتاب قلنا المراد بالعرب عربى الاصل وأهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعربى الاصل فالنبى عليه السلام صالح بنى نجران على ألف ومائتى حلة كل سنة وكذا عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من نصارى بنى تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكناهم فى أرض العرب

قال المصنف (فانه يكتسب الخ) أقول دليل على اشتمال ضرب الجزية عليه (قوله فكان اذا كسبه الذى هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة فى معنى أخذ النفس منه حكما) أقول قوله دارة حال وقوله راتبة حال أيضا وقوله فى معنى خبر كان ثم أقول وفى الكافى لما جاز استرقاقهم بالاجماع جاز ضرب الجزية عليهم لانهما يعتدلان معنى فالرقيق يصير منادرا كالذمى ورفقه يعود الينا دارة كالجزية تعود الينا راتبة اه فعلم منه أن الاولى للشارح أن لا يذكر دارة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يجوز أن يقال المراد وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كانوا من أهل النصرة فانها بدل النصرة فى حق المسلمين كما سبق آنفا

ولقائل أن يقول هــذا منقوض بأهــل الكتاب فانه تغلظ كفرهم فانهم عرفوا النبي معرفة تامة بزيه مشخصة ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبــل منهم الجزية وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان يخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان وأهل الكتاب والجواب عن الاول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبــل منهــم الجزية الا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بان مراده عليه الصلاة والسلام عربي الاصل وأهل الكتاب وان سكنوا فيما بــين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم أميون وقوله (وجوابه ماقلنا) يريد به قوله لان كفرهــما قد تغلظ وقوله (واذا ظهر عليهم) أى على عبــدة الاوثان من العرب والمــرتدين (فنساؤهــم وصبيانهــم فىء) الا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذرارى عبــدة الاوثان ونسائهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعــد ثبوت حكم الاسلام فى حقه وذرارى المرتدين قد ثبت فى حقهــم تبعا لآبائهــم فيجبــرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذرارى العبدة ونسائهــم وحنيفة أبو حى من العرب وقيل المراد بنى حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) اشارة الى قــوله فــلا يقبــل من الفريقــين الا الاسلام أو السيف زيادة فى العقوبة وقوله (لانها وجبت بدلا عن القتل) يعنى فى حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أى عن النصرة فى حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل أو القتال لا يتحقق فى حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البــدل

وعند الشافعى رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ماقلنا (واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فىء) لان أبابكر الصديق رضى الله عنه استرق نسوان بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبى) لانها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال (ولا زمن ولا أعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير

الشافعى يسترق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لان الاسترقاق اتلاف حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل وانما قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أى الى أن يسلموا وروى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركى العرب الا الاسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لا رق على عربى وأخرجه البيهقى عن معاذ أن رسول الله صــلى الله عليه وســلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم قال المصــنف (وجوابه ماقلنا) يعنى من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الاخف منــه (قوله واذا ظهر عليهم) أى على مشركى العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فىء) يســترقون لانه عليه الصلاة والسلام استرق ذرارى أوطاس وهوازن وأبو بكر استرق بنى حنيفة أسـند الواقدى فى كتاب الردة له فى قتال بنى حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبى ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والاموال والســبى ثم قسم السبى قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدى وحدثنى أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما قالت قد رأيت أم محمد بن على بن أبى طالب وكانت من سبى بنى حنيفة فلذلك سميت الحنفية وسمى ابنها محمد بن الحنفية قال وحدثنى عبد الله بن نافع عن أبيــه قال كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبى وحنيفة أبو حى من العرب سمى به لان جذيمة ضربه حين التقيا فحنفــر جــله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمى جذيمة وحنيفة بن (٣) لجيم بن صعب بن على بن بكر بن وائل واعلم أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذرارى عبدة الاوثان لا يجبرون وأما الزنادقــة قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فاخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة وصــبى) وكذا عــلى مجنون بلا خــلاف لان الجزية بدل عن قتلهــم على قول الشافعى أو عن قتالهــم نصرة للمسلمين عــلى قولنا وهؤلاء ليسوا كــذلك (ولا عــلى أعمى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعى تؤخذ منهــم لاعتبارها أجرة الدار (ولا) تؤخــذ (من الشيخ الكبير) الذى لا قدرة له على قتال ولا كسب

لا باعتبار الاصل وانما العرب فى الاصل هم عبدة الاوثان وانهم أميون كما وصــفهم الله تعالى فى كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف فى حقه وأهل الكتاب جنايتهم فى الكفر أخف من جناية عبــدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب ألا ترى أنه تعالى أباح مناكحتهم وذبائحهم بهذا القدر فلذلك ثبت هــذا النوع من التخفيف (قوله بدلا عن القتل أو عن القتال) فان قيــل تلزمها النصرة بالمال لو كانت مسلمة

(قوله وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول قوله من العرب بيان للضمير فى قوله بينهم وبين عبدة الاوثان قال المصــنف (لان أبابكر رضى الله عنــه) أقول الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس قال المصــنف (استرق نسوان بنى حنيفة) أقول قال فى القاموس حنيفة كسفينة لقب أثال بن لجيم أبى حى منهم خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه

لما بينا وعن أبي يوسف أنه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك

(وعن أبي يوسف تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى) في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة (قوله ولا على فقير غير معتمل) أي الذي لا يقدر على العمل وان أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل) اراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا الهيثم بن عدى عن عمر بن نافع قال حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له مالك قال ليس لي مال وان الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولان خراج الارض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوى (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذي ذكرناه وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثنى عشر درهما أخرجه البيهقي الا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل اذا كان صحيحا في أكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام (قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا) وعلى الاعتبار الاول تجب لان المملوك الحربي يقتل (وعلى الاعتبار الثاني لا تجب) لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا تجب بالشك) والوجه أن يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا فلا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا ما نذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي

وقوله (لما بينا) يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله (له اطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله (وعلى اعتبار الثاني لا تجب) يعني أن الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه

فكذا اذا كانت ذمية قلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصرة في حقنا لا غير بل خلفا عن النصرة في حقنا وعن القتال أو عن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف المأخوذ الى المقاتلة لتحصيل النصرة بماله كما تحصل ببدنه لو كان مسلما فاذا لم يكن من أهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا تجب باحدهما (قوله وعن النصرة في حقنا) لان أهل الذمة يصيرون منا دارا والقيام بنصرة الدار واجب على أهلها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لميلهم الى أهل الدار المعادية اعتقادا فاوجب الشرع عليهم في أموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر في حقنا (قوله وجوابه ما قلنا من تغليظ كفرهم) واذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لانه عليه السلام سبى ذرية أوطاس وهوازن واسترق أبو بكر رضي الله عنه نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولد منها محمد بن الحنفية واذا ظهرنا عليهم أي على مشركي العرب والمرتدين الا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الاوثان من العرب ونساؤهم لا يجبرون على الاسلام وحنيفة أبو حي من العرب (قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب) أي على اعتبار النصرة لانه لا يجب

بدله وقوله (لانهم تحملوا الزيادة بسببهم) أى صار موالبهم بسببهم من صنف الاغنياء أووسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على

(ولا يؤدى عنهم مواليهم) لانهـــم تحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكر ههنا وذكر محمـــد عن أبى حنيفة أنه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبى يوسف وجه الوضع عليهـــم أن القـــدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجيـــة ووجه الوضع عنهـــم انه لاقتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته فى أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهـــما له أنها وجبت بدلا عن العصمـــة أو عن السكنى وقد وصـــل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض

فان من المعلوم أن لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدى عنهـــم مواليهم) يعنى لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهـــم فأزال هـــذا الاحتمـــال بقوله ولا يؤدى عنهم مواليهم (لانهم تحملوا الزيادة) فى الجزية حتى لزمهم جزية الأغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو أنهـــم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنـــه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على ان غنى الملاك بهم لأنهم مال ويجرون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان أيضا وشرط ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدورى (وذكر محمد عن أبى حنيفة انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبى يوسف ووجه الوضع انه الذى ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج) من الزراعة (ووجـــه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعى على ما تقدم انها عندنا بدل عن نصرتهم التى فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منـــه ومن كونه خلفا عن نصرتهم اياما فتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قيل يجوز انه اراد من لا يقـــدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز أن يقول هو من لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بان اسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما) وكذا لو مات فى اثناء السنة او اسلم وفى أصح قولى الشافعى لا يسقط فيهما أيضا فسقط ما مضى وعلى هذا الخلاف لو عمى او زمن او اقعد وصار شيخا كبيرا لا يستطيع العـــمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شئ (له أن الجزية وجبت بدلا عن العصمة) التى ثبتت للذمى بعقد الذمة كما هو قول الشافعى (أو) بدلا (عن السكنى) فى دار الاسلام كما هو قول آخر له (وقد وصل اليـــه المعوض) وهو حقن دمه وسكناه الى الموت أو الاسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا فى ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذى هو موته أو اسلامـــه كسائر

عليهم النصرة والجزية بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا (قوله ولا يؤدى عنهم مواليهم) لانهم تحملوا الزيادة بسببهم أى تحـــملوا زيادة الجزية بالغنى بسبب هؤلاء وتؤخـــذ الجزية من كل كافر سوى مشركى العرب والمرتدين وأما الصابئون فقد قال أبو حنيفة رحـــمه الله تؤخـــذ منهم الجزية وقال صاحباه لا تؤخذ قالوا وانما قال ذلك أبو حنيفة رحمه الله لانه وقع فى رأيه أنهم من أهل الكتاب وأما الزنادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لو جاء الزنديق قبل أن تؤخذ فاقر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرون شيأ ويعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخـــذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا فى سير فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله وكذلك اذا مات كافرا) وكذلك اذا عمى أو صار مقعدا أو زمنا أو شيخا كبيرا لا يستطيع أن يعمل أو صار فقيرا لا يقدر على شئ وبقى عليه من جزية رأسه شئ سقط ذلك الباقى كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله له أنها وجبت بدلا عن العصمة)

مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالى بسببهم لكان وجـــوب الجزية مرتين بسبب شئ واحـــد وذلك لا يجوز وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح قال (ومن اسـلم وعليه جزية سقطت عنه) اذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافرا او عمى او صار زمنا او مقعدا أو شيخا كبيرا لا يستطيع العـــمل او فقيرا لا يقدر على شئ وبقيت عليـــه الجزية سقطت عنه عنـــدنا سواء كانت هـــذه العوارض قبـــل استكمال السنة أو بعدها (خـــلافا للشافـــعى رحـــمه الله له أنها وجبت بدلا عن العصمـــة أو عن السكنى وقد وصل اليه العوض) وكل ما وجب بدلا عن شئ وقد وصـــل اليـــه المعوض (لا يســـقط عنـــه العوض بهذا العارض) أى بالاســـلام أو الموت (كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد) فان الذمى اذا استوفى منافع الدار المستاجرة ثم أسلم أو مات لا تســـقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهى منافـــع الدار وكذا اذا قتل الذمى رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البـــدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد فى قوله بدلا عـــن العصمـــة أو السكنى لاختلاف العلماء فى أن الجزية وجبت بدلا عما ذا

قال المصنف (ومن أسلم الى قوله خلافا للشافعى فيهما) أقول فى وجيز الشافعية لو أسلم أو مات بعد مضى السنة استوفى ولو مات فى أثناء السنة فالجواب يقسط على أحد القولين

فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي رحمه الله لان الله تعالى أمر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم وأعيده ههنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لان الظاهر أنهم يميلون الى أهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهو الاصح ألا ترى أن الجزية لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع أنهم مشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجري على اطلاقه بل الانصاف أن المراد به بعد الاسلام لان كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية وقوله (ولانها وجبت عقوبة الخ) ظاهر واعترض بانه ألحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب أن أداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول

كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

الدون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) قال أبو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا أسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في مسند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كي تبقى في أيدينا والمسلم ممن يسعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها اذلال ظاهر وشنار وأما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص (قوله ولانها) أي الجزية انما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد) وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا أخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا تكون الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والاسلام) وهذا لا ينافي كونها بدلا أي خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره

اذ أصل العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والذمي عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين أو عن السكنى فانه لما أراد سكنى دارنا أبدا لا يمكن الا بمال وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط العوض بعارض الاسلام أو الموت (قوله في الاجرة والصلح عن دم العمد) يعني لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولو كانت بدلا عن العصمة تكون في معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو في معناه (قوله وهي والجزاء واحد) وهو يطلق على المثوبة

(قوله باعتبار الاصل) أقول الذي هو الاسلام لان الدار دار الاسلام (قوله وهو الاصح الخ) أقول بالنسبة الى القول الثاني كما يفهم من دليله وأيضا نحن لا ننفي كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول فينفي عنه ابتداء وبقاء قال المصنف (ولا تقام بعد الموت الخ) أقول يعني من قبلنا بل الله يقيمها قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون قال المصنف (وقد اندفع بالموت والاسلام)

ولانهاوجبت بدلاعن النصرة فى حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمى يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول الشافعى رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا وكذلك ان مات فى بعض السنة) أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما فى الخلافية أن الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين

الذى هو سبب لحرابته دفعا لها باضعافه باخذها منه وبدلا عن نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا أيضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام وأما قوله انها بدل عن العصمة فهى ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أولظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا ان الذمى يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة ولانه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام فى ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكفى ماذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها للتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعى الى حرابته ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته (فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أى الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولا داعى الى ذلك من أول الامر أو بتقدير مضاف أى جزية حولين ولفظ القدورى فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان (وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا وكذا ان مات فى بعض السنة أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) فان مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه مامضى (وقيل لا تداخل) فيؤخذ مامضى (بالاتفاق لهما فى الخلافية) وهى تداخل الجزية (أن الخراج) أى الجزية لانها خراج الرأس (وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين) لانه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له

والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار وفى النص اشارة اليه حيث جعل حالا لهم عند الاعطاء فيكون اضرارا ظاهرا وهى المعنى بالعقوبة (قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه انها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى

والاسلام ينافى الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه أن العصمة ثابتة للآدمى من حيث انه آدمى لما مر أنه خلق متحملا أعباء التكاليف فلا يصلح ان تكون الجزية الطارئة بدلا عنها ولقائل أن يقول سلمنا أنها ثابتة للآدمية ولكنها اسقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثانى لان الاسلام يغنى عنها وقوله (والذمى يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكنى ومعناه أن الذمى يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه فى موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالاجارة (٢٩٧) لامحالة ويشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت فى السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما أنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا ألا ترى أن الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه أجيب بانها انما لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة فى حق الذمى المال دون النفس قال (فان اجتمعت عليه الحولان) أنث فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف أى اجتمعت جزية الحولين واما بتأويل السنتين وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل فى اللفظ ولابهام فى قوله وجاءت سنة أخرى على مابينه وكلامه واضح وقوله (وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق) يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق أن الخراج فى حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع فى حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل وقوله (لهما فى الخلافية) أى فيما اذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ما تقدم وكل

أقول لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لا يندفع بالموت (قوله والاسلام ينافى الصغار الخ) أقول أنت خبير بان الرق نفسه صغار بل لاصغار فوقه فالاولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق متحملا) أقول فى أواخر باب المستأمن (قوله ولكنها اسقطت بالكفر) أقول كما سبق فى باب المستأمن (قوله لا سبيل الى الاول وهو ظاهر) أقول فيه بحث ألا يرى الى قول الشافعى وقد وصل اليه المعوض

ماوجب عوضا اذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما فى سائر الاعواض وقد أمكن لان الغرض أنه حى واستيفاء المال من الحى ممكن اذا لم يمنع منه الاسلام (بخلاف ما اذا أسلم) وقوله (ولابى حنيفة) ظاهر وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر والقائل أن يقول قد تكرر فى كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة وتكرر أيضا فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شئ فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك أن كونها

عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لامحالة وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب أخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله (ولانها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله (حمله بعض المشايخ على المضى مجازا) قال الامام فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا فى قوله جاءت سنة أخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عند آخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان مجئ كل شهر بمجئ أوله وأقول فى مجوز المجاز أن مجئ الشهر يستلزم مجئ الآخر لامحالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول أولها لان الجزية تجب باول الحول والتأخير الى آخره تخفيف وتأجيل عند أبى حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضى شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح

بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابى حنيفة أنها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لاتقبل منه لو بعث على يد نائبه فى أصح الروايات بل يكلف أن يأتى به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية ياذمى فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل لافى الماضى لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لالحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه ثم قول محمد فى الجزية فى الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلابد من المضى ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو يجرى على حقيقته والوجوب عند أبى حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجئ والاصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلا عنه لايتحقق الافى المستقبل

بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المسلم لايجب اذلاله بل يجب توقيره (وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وانه بقول الشافعى أليق) فان أريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة تم عليهما وجه أبى حنيفة القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار فى رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله (ولهذا الخ) استيضاح على انها عقوبة يعنى (لو بعث بها على يد نائبه لاتقبل منه فى أصح الروايات بل يكلف أن يأتى بها بنفسه فيعطى قائما والقابض جالس وفى رواية يأخذ بتلبيبه) وهو ما يلى صدره من ثيابه (ويقول اعط الجزية ياذمى) وقبولها من النائب يفوت المأمور به من اذلاله عند الاعطاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل) يعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل (لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لالحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه الى شئ من الاشياء وفى المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة (ثم قول محمد فى الجامع وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على مضى السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلابد من المضى ليتحقق الاجتماع فى الحولين أو فى الجزيتين (فتتداخل وعند البعض هو يجرى على حقيقته) وهو أن يراد دخول أول السنة فان مجئ الشهر بمجئ أوله ومجئ السنة بمجئ أولها والاصح هو هذا (فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعى رحمه الله فى آخرها اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجبت) الجزية (بدلا عنه) وهو النصرة (والقتل لايتحقق الافى المستقبل على ما قررناه) من أن القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك فى المستقبل بخلاف الزكاة لان الوجوب فى المال النامى فلابد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

(قوله ولنا ان ما وجب بدلا عنه) فالذى وجبت الجزية بدلا عنه القتل فى حقهم والنصرة فى حقنا والقتل انما

على

قال المصنف (والاصح ان الوجوب عندنا فى ابتداء الحول) أقول سيجئ فى آخر كتاب الكراهية ان فى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف (وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة) أقول قال الاتقانى قياسه ممنوع لان الزكاة تجب باول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اه قال الزيلعى ولا يلزمنا الزكاة لانها انما وجبت فى آخر الحول ليتحقق النماء

وقوله (على ماقررناه) اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحرا[illegible] في الحال لالحراب ماض الخ ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو أن الزكاة وجبت فى آخر الحول لانها تجب فى المال النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على مامر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء *(فصل)* لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكناهم فى دار الاسلام شرع فى بيان مايجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة) والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اذا نزع خصيتيه والاختصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هى ان احداث الكنيسة فى دار الاسلام ازالة لفحولية أهل دار معنى كما ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ولا كنيسة احداثها فهو فى معنى النهى أى لا تحدث كنيسة فى دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وقوله (والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة) أى لا يمكنون من احداث الصومعة التى يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أى صلاة الذمى (فى البيت) فانهم يمكنون من ذلك (لانه تبع للسكنى) وقوله

على ماقررناه فتعذر ايجابه بعد مضى الحول فاوجبناه فى أوله

(فصل) (ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا أنهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار مايخالفها وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى أيضا لان فيها

(فصل) لما كانت هذه الاحكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك (قوله ولا يجوز احداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة فى دار الاسلام) وهما متعبدا اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار مايخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر أن فى قرى ديارنا أيضا لا تحدث فى هذا الزمان (والمروى عن صاحب المذهب) يعنى أباحنيفة رضى الله عنه كان (فى قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة فى شرحه فى كتاب الاجارات الاصح عندى أنهم يمنعون عن ذلك فى السواد وان كان هو فى السير الكبير قال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون وأما القرية التى سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ماذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدورى منعها فى دار الاسلام (والصومعة) وهو ما يبنى (للتخلى) عن الناس والانقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدورى (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير أنهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث) فى ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفى هذا التعليل

يستوفى لحراب قائم لالحراب ماض فكذا النصرة انما تتحقق فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه فلو قلنا بان الوجوب فى آخر السنة يلزم أن لا يجب شئ لان فى الماضى من السنة لم يبق الحراب قائما ووقعت الغنية عن النصرة فلا يجب وأما الجواب عن اعتباره بالزكاة فقلنا انما وجبت الزكاة فى آخر الحول لان الزكاة انما تجب فى المال النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على مامر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء (قوله على ماقررنا) اشارة الى قوله لان الماضى وقعت الغنية عنه (قوله فاوجبناها فى أوله) بخلاف الزكاة لان سببها المال النامى والنمو لا يتحقق الا بمدة وقدرت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت

(فصل) (قوله لقوله عليه السلام لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة) الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه يخصيه أى نزع خصيته والاختصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله أهل الكتاب حتى يصير فى حكم الخصى يقال كنيسة اليهود والنصارى لتعبدهم وكذلك البيعة مطلقا فى الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى (قوله والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة) أى لا يمكنون من احداث الصومعة التى يتخلون فيها أيضا

أوهى لا تجب الا فى المال النامى اهـ *(فصل)* ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام (قوله والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة الى قوله فالمناسبة ظاهرة) أقول فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام لارهبانية فى الاسلام

بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان أكثر أهلها الذمة

اشارة الى أن ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على أراضيهم سواء كان اماما فى زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم قبل أمصار المسلمين ثلاثة أحدها مامصره المسلمون كالكوفة والبصرة و بغداد و واسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع أهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها مافتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية يجب وعندنا جعلهم ذمة أمرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لاتهدم وهو قول للشافعى و رواية عن أحمد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها مافتح صلحا فان صالحهم على أن الارض لهم والخراج لنا جاز احداثهم وان صالحهم على أن الدار لنا و يؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على ماوقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لايمنعهم الا أن الاولى أن لا يصالحهم الا على ماوقع عليه صلح عمر رضى الله عنه من عدم احداث شئ منها وان وقع الصلح مطلقا لايجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر أى التجاهر به واظهاره وفى المحيط لو ضربوا الناقوس فى جوف كنائسهم لايمنعون انتهى وقال محمد كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها أشياء من الفسق مثل الزنا والفواحش التى يحرمونها فى دينهم يمنعون منه وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيأ من ذلك لم يضمن واعلم أن البيع والكنائس القديمة فى السواد لاتهدم على الروايات كلها وأما فى الامصار فاختلف كلام محمد فذكر فى العشر والخراج تهدم القديمة وذكر فى الاجارة انها لاتهدم وعمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان وهى باقية لم يأمر بهدمها امام فكان متوارثا من عهد الصحابة رضى الله عنهم وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع فى داخل السور ينبغى أن لايهدم لانه كان مستحقا الامان قبل وضع السور فيحمل مافى جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس و يبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا فى جوف المدن الاسلامية فالظاهر أنها كانت فى الضواحى فادير السور عليها فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن فى دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لاتهدم لانها ان كانت فى أمصار قديمة فلاشك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها و بقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لامعابد فلاتهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بانهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخى انهم اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا فى كنائسهم القديمة من ذلك ماأحبوا فاما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر فى المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الاحداث (بقوله صلى الله عليه وسلم لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة) قال المصنف رحمه الله (المراد احداثها) وهذا لان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة فى الصلح وفى رواية البيهقى تصريح بذلك فى سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاخصاء فى الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله ابن صالح حدثنا الليث بن سعد حدثنى توبة بن النمر الحضرمى قاضى مصر عن أخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة قال وروى أبو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبى الخير

(والمروى عن صاحب المذهب) أى عن أبى حنيفة رضى الله عنه والمراد بالمروى هو ماذكره آنفا بقوله وهذا فى الامصار دون القرى

(قوله والمروى عن صاحب المذهب) أى عن أبى حنيفة رحمه الله والمراد من المروى قوله وهذا فى الامصار دون القرى جزر الماء اذا انحسر عن الارض حين غار ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال لجزيرة العرب لارضها وعلى انها

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب (قال ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين

قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا يبنى ما خرب منها وأعل بسعيد ابن سنان واذا تعددت طرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء (قوله وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة في اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها الخمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب) أخرج اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا النضر بن شميل حدثنا صالح بن أبي الاخوص حدثنا الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال أنبأنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب أو قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكاة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطأ قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين الى ريف العراق في الطول وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام وسميت جزيرة لانحزار المياه التي حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الازهري سميت بذلك لان بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبيها الجنوبي وأحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي أرض مكة والمدينة (قوله ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم) نفسهم (وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق ولا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال على المسلمين واذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافهم بهيئة وضيعة ولذا أمروا (بالكستيجات)

لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد أحاطت بها الكستيج عن أبي يوسف رحمه الله خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم ومنه أمر عمر رضي الله عنه أهل الذمة باظهار الكستيجات (قوله وصيانة لضعفة المسلمين) المراد من الضعفة هم الضعفة في الدين لا الضعفة في البدن أي انما تؤخذ أهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلة لكي يروا في أعين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار يتقلبون في النعمة والدعة والمؤمنين في المحنة والضعة وأن لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم ورونق حالهم واليه أشار الله تعالى الى قوله ولولا أن يكون

وقوله (في جزيرة العرب) قيل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كأنه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الخ والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أي الضعفة في الدين لا البدن أي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام أذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة أجيب بانهم في زمن النبي

ولان المسلم يكرم والذمى يهان ولا يبتدأ بالسلام و يضيق عليه الطريق فلولم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لايجوز والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء فى حق أهل الاسلام ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كى لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق أن لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا فى مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التى تقدمت و يمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أوقتل مسلما أوسب النبى عليه الصلاة والسلام أوزنى بمسلمة

وهو خيط فى غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم (لان فيه جفاء بالمسلمين) أى اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين فى الدين فربما يغترون بجهالهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم فى خفض عيش ونعمة ونحن فى كد وتعب واليه أشار بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عزوجل واذا منع من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فنعهم من لباس الثياب الفاخرة التى تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أوغيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرقيقة أولى ولاشك فى وقوع خلاف هذا فى هذه الديار ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف أوقر بامنه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا أى الا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح و يضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ماذكر بل يعتبر فى كل بلد مايتعارفه أهله وفى بلادنا جعلت العلامة فى العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزى فى الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا فى الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كى لا يقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (و يمنعون من لباس يخص أهل العلم والزهد والشرف) وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أوقتل مسلما أوزنى بمسلمة أوسب النبى صلى الله عليه وسلم

الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الآية (قوله فلولم تكن علامة مميزة) فلعل الذمى يعامل معاملة المسلمين و ربما يموت منهم أحد فجأة فى الطريق فاذا لم تكن معه علامة يظنونه مسلما فيصنعون به مايصنعون بموتى المسلمين والتحرز عن ذلك واجب فى حق الكفار فان قيل أليس أن النبى عليه السلام لم يأخذ بذلك يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر قلنا انهم فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين بالمدينة لا يشتبه حالهم فكان لاتقع الحاجة الى ذلك ثم فى زمن عمر رضى الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك وكان ذلك صوابا قال رسول الله عليه السلام أينما دار عمر فالحق معه وذكر التمرتاشى رحمه الله فيكتفى فى كل بلد من العلامة بما تعارفه أهله لان المقصود يحصل بهذا الجفاء هو الغلظ فى العشرة والخرق فى المعاملة وترك الرفق ومنه قوله فانه جفاء فى حق أهل الاسلام أى ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان فى الامر لاهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنانير من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من أعز عدو صديقه فقد أهان صديقه (قوله ليركبوا الا للضرورة)

فلا باس بان يركبوا وهذا كله اذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم فاما اذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الاشياء فانهم يتركون على ذلك

صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين فى المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم فى زمن عمر رضى الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فأمر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وقوله (فانه جفاء فى حق أهل الاسلام) أى ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان فى الامر لاهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من أعز عدو صديقه فقد أهان صديقه معنى وقوله (أن لا يركبوا الا للضرورة) يعنى كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله (بالصفة التى تقدمت) يعنى كهيئة

(قوله كانوا معروفين فى المدينة) أقول فيه بحث قال المصنف (أن لا يركبوا الا للضرورة) أقول فى فتاوى الامام التمرتاشى قبيل آخر الكتاب بورقتين تخمينا وفى شرح الحلوانى ولا يمنعون من ركوب الحمار لان ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لانه تبع الحمار والبرذون بمنزلة الحمار ألا يرى أنه يوضع عليه الاكاف بخلاف الفرس لان ركوبه عز وركوب الجمل جمال يمنعون عنه الا عند الحاجة اليهم بان يستعين بهم الامام فى المحار بة والذب عن المسلمين

لم

لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لأنه ينقض ايمانه فكذا ينقض أمانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال (ولا ينقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا) لأنهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالأموات

لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بأدائها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الاسلام ولا ينقضه بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بنكاح أو أن يفتن مسلما عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلما وهو قول مالك وأحمد الا أن مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فانه يقتله به ان لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وللشافعي أيضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض ايمانه) لو كان مسلما (فينتقض به أمانه اذ عقد الذمة خلف عن الايمان) في افادة الامان فما ينقض الاصل ينقض الخلف الادنى بالطريق الاولى وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي) كما هو ردة من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لا يمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لا يرفعه) في حال البقاء بطريق أولى يؤيده ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها وقلت عليكم السلام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليكم ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قالوا وحديث ابن عمر اسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أو نسبة ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد قبول الجزية دافعا لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى أن أمكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده الا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أي أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيحاربوننا لأنهم) بكل من الخصلتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم (فيعرى عن الفائدة) فلا يبقى (واذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات) واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل

الا كفء وقوله (لانه ينقض ايمانه) يعني لو كان مسلما وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله نقض ايمانه (فكذا ينقض أمانه) وذمته

كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه (قوله وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعني الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فيئا كالمرتد اذا لحق

قوله (وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعني أن الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيأ كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيأ وقوله (الا أنه لو أسر) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان أصر على ارتداده *(فصل)*

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ماذكر أبو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبي أنه قال لعمر يا أمير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت أن تعطيهم شيأ فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شئ حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شئ في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شئ وكذلك أراضيهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين

وكذا في حكم ما حمله من ماله الا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

(فصل) (ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة (و يؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها ماشئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح

أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا و يقسم ماله بين ورثته (وكذا في حكم ما حمله من ماله) الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيأ لعامة المسلمين كالمرتد اذا التحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا و بعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين أخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيأ وفي رواية لا ولا يبعد أن يقال انتقاله الى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله (الا أنه لو أسر يسترق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسر لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل أحكامه فجاز أن يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلابد أن يعود اليه أما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية والله الموفق

(فصل) أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء في رواية أبي يوسف بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضي الله عنه ان بني تغلب الحديث الى أن قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤسهم اه ففي كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أولا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شئ وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة قال

بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله فئ والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكانت لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فابوا وخاف عمر رضي الله عنه أن يلحقوا بالروم قيصر واعوانا لهم وطلبوا أن يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فابى ذلك عمر رضي الله عنه فوقع الصلح على أن يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحضر من الصحابة

(فصل) ونصارى بني تغلب قال المصنف (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول أي من أموال المسلمين على تقدير المضاف والظاهر أنه لا حاجة الى ذلك لاستقامة الكلام بدونه قال المصنف (لان عمر صالحهم الخ) أقول فان قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية الآية قلنا ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مرت في باب الموادعة (قال المصنف ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر وتأمل أنت فيه والمرأة

والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبى الخراج) أى الجزية (وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) وقال زفر يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم ألا ترى أن مولى الهاشمى يلحق به فى حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة

الكرخى وهذه الرواية أقيس وهو قول الشافعى لان الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضى الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال أصحابنا هو وان كان جزية فى المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه (والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية) والمرأة من أهله ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبى والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لانه وظيفة الارض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكرنا يفيد أنه روعى فى هذا المأخوذ جهة الجزية فى المصرف وفيما سوى ذلك روعى جهة الزكاة أما الاول فلأنه حقيقة الجزية وأما الثانى فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التى وجبت بالصلح وقد علمت أن الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذى وقع عليه الصلح كيفما وقع والذى يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التى يبتدئ الامام وضعها اذا غلب أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضع على مولى التغلبى) أى معتقه (الخراج أى الجزية وخراج الارض وقال زفر يضاعف) عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبى نفسه (لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم) وهذا الحديث استدل به فى الزكاة على حرمان مولى الهاشمى الزكاة فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبى وجميع الاحاديث المذكورة فى هذا الفصل تقدم الكلام عليها فى كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أى وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم فى ذلك واستشفاقهم ما سواه (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أى فى التخفيف ولا ترى أن الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصرانى وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى (بخلاف حرمة الصدقات) على الهاشمى

رضى الله عنهم ثم اختلفوا فى هذا الواجب فقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم وقال أصحابنا رحمهم الله هو واجب بشرائط الزكاة فى حق المأخوذ منهم وخراج الارض فى حق الآخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكاة ومن قضية التضعيف أن يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والاسباب فجعل الواجب فى حقهم بشرائط الزكاة وأسبابها (قوله والمرأة من أهل وجوب مثله) أى مثل مال وجب بالصلح (قوله ولا يراعى فيها شرائطها) أى لا يراعى فى المضاعفة من الزكاة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا وأخذ التلبيب والهز (قوله بمنزلة مولى القرشى) أى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبى وان لم تؤخذ من التغلبى ولنا أن هذا تخفيف أى أخذ ضعف ما يؤخذ من المسلم تخفيف لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل

وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) أى مثل مال وجب بالصلح وقوله (ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أى فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعد وأخذ التلبيب على ما مر وقوله (ويوضع على مولى التغلبى الخراج أى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) أى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبى وان لم يؤخذ من التغلبى (قوله ولنا أن هذا) أى أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعنى لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أى فى التخفيف (ولهذا) أى ولكون المولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه فى ترك الجزية وان كان الاسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هى تخفيف بالتخلص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمى فيها بالهاشمى أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ

(قال المصنف والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول لعل لفظ مثل مقحم (قوله فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول فيه بحث فان الاثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه بل ثبوته بها فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على ما لا يخفى والقول بان المراد اظهار حرمة الصدقة لا يناسب المقام ثم ان المولى انما لا يلحق بالاصل فى التخفيف اذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه وليس مولى الهاشمى كذلك والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح

قوله مائة وعشرين صوب العلامة البحراوى نقلا عن النهر مائة وأحدا وعشرين كتبه اه مصححه

لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى فى حقه ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى من أهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى أما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلة أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه قال (وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بنى تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية تصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور

لانه ليس تخفيفا بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمى به) وينقض بمولى الغنى تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعدا اليه فقال (لا يلزم لان الغنى من أهل الصدقة) فى الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطى كفايته منها (وانما الغنى مانع) من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق فى حق سيده ولم يتحقق فى المولى نفس السيد (أما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلة أصلا لشرفه وكرامته) لانساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا (فالحق به مولاه) لان التكريم أن لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم أجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمى لا ينزل منزلته فى الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذى ذكرناه أيضا وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الاسفل تنتسب الى مولاه ووجه آخر بان القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملز وما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به فى منع الزكاة وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم منهم فاذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة وأما الجواب بان قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروى عن الشعبى (قوله وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بنى تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية تصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور) وهى مواضع

فى التخفيف وأما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فقلنا قد تعذر اجراء هذا الحديث على عمومه لانعقاد الاجماع على أن مولى الهاشمى لا ينزل منزلة الهاشمى فى الكفاءة وكذلك مولى القرشى على ما ذكرناه واذا تعذر اجراؤه على العموم يجب تأويله على معنى التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم وأما حرمان المولى الهاشمى عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا أن الحديث مؤول بمعنى التناصر ففى التناصر استعظام فلذلك ألحق مولى الهاشمى به فى ذلك المعنى كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله لان الغنى من أهلها) أى فى الجملة بان كان عاملا * القنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع (قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء) والعطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بامر من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة فى الاسلام كازواج النبى عليه السلام وأولاد المهاجرين والانصار رضى الله عنهم وكذا لو مات فى آخر السنة لا يورث العطاء لما قلنا

وقوله (فى حقه) أى فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغنى لم يلحق به فى حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهى أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة أجاب بقوله (لان الغنى من أهلها) أى من أهل الصدقة فى الجملة ولهذا احلت له اذا كان عاملا (وانما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى وأما الهاشمى فليس باهل لها أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه) ويجوز أن يقال حرمة الصدقة على بنى هاشم تشريف لهم وفى الحاق الموالى بهم زيادة فى التشريف وحرمتها على الغنى لغناه وفى الحاق مولاه به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى (٣٠٦) على عمومه فان مولى الهاشمى ليس كهو فى الكفاءة بالاجماع فوجب التأويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسى القياس فى الكل سواء وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم الا أن ورود الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم وهو ما روى أن أبا رافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل له الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه وهذا ليس فى معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبى ليس من ذلك فى شئ

(قوله وقوله فى حقه أى فيما هو حق مولاه) أقول الاظهر أن يقال أى فى حق حرمة الصدقة وأمر التذكير والتأنيث سهل فان الحرمة فى تأويل أن يحرم أو الحرمات (قوله لا يزداد غنى) أقول فيه بحث فانه لو ازداد غنى لا يفيد أيضا اذ لا تعلق له بالالحاق وبناء والجواب منع ذلك فان الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل (قوله فوجب التأويل بانه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول فان قيل النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ما نحن فيه أيضا كذلك حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق فان العقل باعتبار النصرة (قوله الا أن ورود الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم وهو ما روى أن أبا رافع رضى الله عنه الخ) أقول الاظهر أن يقال على ما روى أو نحوه ثم أقول فيه بحث لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب الا أن يمنع العموم مستندا بانه مجمل فليتأمل

وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال (ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء) لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله أعلم

(باب أحكام المرتدين)

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة

يخاف هجوم العدو فيها من دار الاسلام (وبناء القناطر والجسور) وهى ما توضع وترفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) فانه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع فى بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف فى مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف فى التجنيس فى علامة السيد أبى شجاع انه يعطى أيضا للمعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمى عطاء فلا يملك قبل القبض) فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لانه مات قبل تأكد حقه بمجئ وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجرى فيه الارث كسهم الغازى فى دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تأكد سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما أسلفناه وتقييد محمد رحمه الله فى الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته وقالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لانه أوفى عناءه أى تعبه فى عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى وعلل شمس الائمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة أيضا بما ذكرنا فى نصفها فافاد أنه لم يتأكد الحق بعد ما تمت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضى قصر الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضى وجوب دفعه لورثته لان حقه تأكد بتمام عمله فى السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازى بعد الاحراز بدار الاسلام لتأكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك وقول فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضى ومن فى معناه يعطى فى آخر السنة ولو أخذ فى أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقى وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد أحب الى رد الباقى كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع فى الهبة ذكره فى جامعى قاضيخان والتمرتاشى والعطاء هو ما يثبت فى الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية فى عرفنا الا أنها شهرية والعطاء سنوى

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى شرع فى بيان أحكام الكفر الطارئ والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام (قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة) أبداها

وقوله (وما جباه الامام) أى جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع (قوله وهؤلاء عملتهم) أى القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل (قوله فلا شئ له من العطاء) العطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بامر من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية فى الاسلام كأزواج النبى صلى الله عليه وسلم وأولاد المهاجرين والانصار وكذلك لو مات فى آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لو مات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون أقرب الى الوفاء

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى ذكر فى هذا الباب أحكام الكفر الطارئ لأن الطارئ انما هو بعد وجود

انه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة فى ذمة الزوج تسقط كذا هنا وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لو مات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف الى ورثته ليكون أقرب الى الوفاء والله تعالى أعلم بالصواب

(باب أحكام المرتدين)

(باب أحكام المرتدين)

كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الامرين الا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته قال (ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل) وتاويل الاول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي ان على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم

(كشفت عنه لانه عساه اعترته) أي عرضت له (شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره باحسن الامرين) وهما القتل والاسلام وأحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال (الا أن العرض على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لان الدعوة قد بلغته) وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم) فيها (والا قتل) وهذا اللفظ أيضا من القدوري يوجب وجوب الانظار ثلاثة أيام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل) أي مكانه فانه يفيد أن انظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وانما تعينت الثلاثة (لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار) بدليل حديث حبان بن منقذ في الخيار ثلاثة أيام ضربت للتأمل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ان سألتك عن شئ بعدها فلا تصاحبني وهي الثالثة الى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض أخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف (تاويل الاول) وهو قول القدوري الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة (أن يستمهل فيمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لان الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا ازالة تلك الشبهة أو أنه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلابد من المهلة واذا استمهل كان على الامام أن يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب تاويله أنه لعله طلب التأجيل (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا والصحيح من قولي الشافعي أنه ان تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ رضي الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان أريد به عدم وجوب الانظار فكمذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة أيضا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان أريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف (وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم) ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالف

(قوله باحسن الامرين) الاسلام والقتل والاسلام أحسنهما قال عليه السلام لعلي رضي الله عنه لان يهدي الله بك واحدا خير من أن تقتل ما بين المشرق والمغرب (قوله وتاويل الاول أنه يستمهل فيمهل) أي قوله ويحبس ثلاثة أيام اذا استمهل فيمهل ثلاثة أيام أما اذا لم يستمهل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يستحب للامام أن يمهل وان لم يطلب وقال الشافعي رحمه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك (قوله لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار) فان قيل هذا نصب الحكم بالرأي في

الاصلي وكلامه واضح وقوله (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب) ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة وقوله (وتأويل الاول) يعني به قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستمهل) أي يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام وأما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله الا أنه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير أجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه لان التقدير بثلاثة أيام هناك انما كان للتامل والتقدير بها ههنا أيضا للتامل وقوله (ولانه كافر حربي)

قال المصنف (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب المقدر (قوله الا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تامل فان المهلة في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو مفقود في المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقتصرة على ثلاثة أيام قال المصنف (وهذا لانه لا يجوز الخ) أقول بخلاف

ولا

ولافرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لادين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

ماذكرنا من أن الامر المطلق لايقتضى الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لانسلم أن الاوامر المذكورة مطلقة بل مقيدة للعموم للفاء فى قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهى فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار أن المعلول لايتأخر عن العلة قلنا المعلول وهو الحكم الشرعى وهو ايجاب قتله لم يتأخر عن علته المثيرة له وهى كفره وأما ايجاب الامتثال على الفور فشئ آخر (ولافرق) فى وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حرا أو عبدا) وان كان يتضمن قتله ابطال حق المولى بالاجماع (واطلاق الدلائل) التى ذكرناها (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لادين له) قيل هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا برىء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد أن يأتى بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود) وفى شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ من الدين الذى انتحله وان شهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وقال ولم أدخل فى هذا الدين قط وأنا برىء منه أى من الدين الذى ارتد اليه فهى توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى أبدا لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفى شرح الطحاوى اسلام النصرانى ان يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودى كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا فى كل ملة وأما بمجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الاسلام به هذا فيمن بين أظهرنا منهم وأما من فى دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم أو قال دخلت فى دين الاسلام أو فى دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان فى ذلك الوقت ضيقا وقوله هذا انما أراد به الاسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا الا أن الكرخى قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب فى الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا مادام يرجع الى الاسلام قال الكرخى هذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا وماذكر الكرخى مروى فى النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلى رضى الله عنهم لاتقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لن تقبل توبتهم الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ثم ازدادوا كفرا وفى الدراية قال فى الزنديق لنا روايتان فى رواية لاتقبل توبته كقول مالك وأحمد وفى رواية تقبل كقول الشافعى وهذا فى حق أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله جل ذكره اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلاخلاف وما عن أبى يوسف لو فعل ذلك مرارا

الموضع الذى لامدخل فيه للرأى لانه من المقادير وفيها لايجرى الرأى قلنا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص فى خيار البيع بثلاثة أيام وروده للمعنى الجامع بينهما بعينه لان التقدير هنالك بثلاثة أيام للتامل والتقدير ههنا أيضا للتامل (قوله وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام) أى

بيانه أنه كافر حربى لاعصالة وليس بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولا ذمى لانه لم تقبل منه الجزية فكان حربيا وقوله (لاطلاق الدلائل) يعنى قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه (وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها) يعنى بعد الاتيان بالشهادتين

ماذا استمهل فان الاسلام حينئذ لايكون موهوما فان الاستمهال للتامل ودلائل الاسلام ظاهرة ولكن بقى ههنا بحث من وجهين أما أولا فلان هذا التعليل يقتضى كراهية الامهال ثلاثة أيام وهو خلاف المذهب وأما ثانيا فلان الامر لايدل على الفور الا اذا خيف الفوات الا أن يقال الفور يفهم من الفاء فى فاقتلوه قال المصنف (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام) أقول قال الكاكى وفى المنية هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا برىء من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بالبعث والنشور مستحب اه قال الاتقانى نقل الناطفى فى الاجناس عن كتاب الارتداد للحسن فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فانه لايؤجله فان أسلم والا قتل وقال الكرخى فى مختصره فان رجع أيضا عن الاسلام فاتى به الى الامام بعد ثلاثة استتابه أيضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله فان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد أخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعدما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدا مادام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا أن يابى أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخى رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا اه

قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شئ على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز

يقتل غيلة فسره بان ينتظر فاذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضوا منه (كره ذلك ولا شئ على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيح) وكل جناية على المرتد هدر (ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب) فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك أي القتل أو القطع بغير اذن الامام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس أبدا حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لا شئ عليه لا حرة كانت أو أمة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (وروي) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب تفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني مالم يبرأ من الحد السابق كي لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها ببيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف (جمعا بين الحقين) يعني حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن أبي حنيفة في النوادر تسترق في دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من اثبات الفرقة وينبغي أن يشتريها الزوج من الامام أو يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيأ للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى أن يشتريها من الامام وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعي قال (لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة) هي جناية الكفر (وجناية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) وهو القتل (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم

بعد الاتيان بكلمتي الشهادتين (قوله لان الكفر مبيح) أي كفر المحارب (قوله وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا) وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وبه تبين أن الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبيح القتل لتغلظ الجناية اذ الانكار

(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيأ حرة كانت أو أمة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة) وكل ماهو جناية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب أن تشاركها في موجبها) لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات مايدرأ بالشبهات بالرأي (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولان القتل جزاء الكفر (والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذي هو من الله تعالى اظهار علمه لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء (وانما عدل عنه) أي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها (دفعا لشر

وفي معراج الدراية وفي الزنديق لنا روايتان في رواية لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد وفي رواية تقبل كقول الشافعي اه (قال المصنف ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول لكنه مخصوص فانها اذا قتلت نفسا بحديدة عمدا تقتص فجاز تخصيصه بالقياس الذي ذكره الشافعي (قوله لان تعجيلها يخل الى قوله لان الناس الخ) أقول تعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من لحوقه) أقول أي لحوق الجزاء في الدنيا قال المصنف (وانما عدل عنه الخ) أقول قال ابن الهمام لا جزاء على فعل الكفر فان جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اه فيه كلام لانه يأباه ظاهر قوله وانما عدل عنه وهو

وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال (ولكن تحبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما فى حقوق العباد (وفى الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة والامة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب فى كل أيام مبالغة فى الحمل على الاسلام

الكافرة أصليا وعارضا وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المنصوصة كما قدمناه فى الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا العموم ما رواه بعد أن عمومه مخصص بمن بدل دينه من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو أن الاصل فى الاجزية أن تتأخر الى دار الجزاء وهى الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار أعمال وتلك دار جزائها وكل جزاء شرع فى هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا فى هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب فى القتل بالردة أن يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأى وتبع تقتل لا لردتها بل لانها حينئذ تسعى فى الارض بالفساد وانما حبست (لانها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتحبس كما فى حقوق العباد) وقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة عن عاصم بن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفى بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وأما ما روى الدارقطنى عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف بمعمر بن بكار وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها الاسلام فابت أن تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطنى فى المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدى فى الكامل وقال عبد الله ابن عطارد بن أذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة ارتدت امرأة يوم أحد فأمر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فان تابت والا قتلت وفى سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه انه يضع الحديث مع أنها معارضة باحاديث أخر مثلها وأمثل منها ما أخرجه الدارقطنى عن أبى رزين عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزرى قال الدارقطنى كذاب يضع الحديث وأخرج ابن عدى فى الكامل عن ابى هريرة رضى الله عنه أن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدى عامة ما يرويه غير محفوظ وأخرج الطبرانى فى معجمه حدثنا الحسن

بعد الاقرار أغلظ من الاصرار فى الابتداء على الانكار وردتها تشاركها فيه فتشاركها فى موجبها كالزنا مع الاحصان ولنا أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جناية عظيمة ولكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل فى الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل فى الدنيا سياسة شرعت لمصالح تعود الينا كالقصاص وحد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول وانما عدل عنه فى الرجل لدفع شر ناجز وهو الحراب وهو معدوم فى المرأة اذ بنيتها لا تصلح للحراب فلا تقتل فى الكفر الاصلى والطارئ (قوله فتجبر على ايفائه بالحبس) لانه شرع على منع الحقوق مع القدرة على الاداء كما فى حقوق العباد (قوله فلما ذكرنا) أى لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار

والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهى تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روى أنه ليس بجرى على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا أسلم فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله (ولكن تحبس) ظاهر وأعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والأمة وقوله (والأمة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وأمره القاضى أن يجبرها على الاسلام قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعنى أنها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار (ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين) أى الجبر والاستخدام ولم يشترط فى الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهى رواية الجامع الصغير وشرطها فى رواية

قال فخر الاسلام رحمه الله والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج اليها أو استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام فى العبد والأمة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد أجيب بأن العبد اذا أبى قتل فلا فائدة فى الدفع الى المولى

قال(ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى) أى موقوفا الى أن يتبين حاله (فان أسلم عادت على حالها قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكاليف الا بالملك فيبقى ملكه (الى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلا منهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا) بدليل انه يقتل (ولا قتل الا بالحراب) فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفانى وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أى كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو) وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حى مكلف محتاج الى ما يتمكن به من أداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول ملكه وبالنظر الى الثانى لا يزول (فتوقفنا فى أمره) وقلنا بزوال موقوف (فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه) لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل فى غير هذا قال

قال (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى فان أسلم عادت على حالها قالوا هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يزول ملكه) لانه مكلف محتاج فالى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير أنه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

ابن اسحق التسترى حدثنا هرمز بن معلى حدثنا محمد بن سلمة عن الفزارى عن مكحول عن أبى طلحة اليعمرى عن أبى ثعلبة الخشنى عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن أيما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وأيما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان أبت فاستتبها وتقدم رواية أبى حنيفة عن عاصم عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما فيما أسند الدارقطنى عن ابن معين أنه قال كان الثورى يعيب على أبى حنيفة حديثا كان يرويه عن عاصم عن أبى رزين لم يروه أحد غير أبى حنيفة عن عاصم عن أبى رزين مدفوع بأنه أخرجه الدارقطنى عن أبى مالك النخعى عن عاصم به فزال انفراد أبى حنيفة الذى ادعاه الثورى وروى عبد الرزاق عن عمر أنه أمر فى أم ولد تنصرت أن تباع فى أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع فى أهل دينها فبيعت فى دومة الجندل من غير أهل دينها وأخرج الدارقطنى عن على رضى الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس (قوله ويزول ملك المرتد عن أملاكه زوالا مراعى) أى موقوفا غير بات فى الحال (فان أسلم عادت أمواله على حالها) الاول (وان مات وقتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (بلحاقه استقر أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) مستندا الى وقت الردة كالمشترى بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعى يقتضى أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع فى الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه أن لا معنى للزوال المراعى والموقوف لانه اما أن يزول أولا فأجاب بأنه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه) ولا صح من قول الشافعى مثل قوله وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقولهما قول آخر للشافعى وجهه (أنه مكلف محتاج) ولا يتمكن من اقامة التكاليف الا بماله وأثر الردة فى اباحة دمه لا فى زوال ملكه فان لم يقتل يبقى ملكه وصار (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) لا يزول ملكه ما لم يقتل (ولابى حنيفة أنه كافر حربى مقهور تحت أيدينا الى أن يقتل) والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف فى المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) ومقتضى هذا أن يزول فى الحال على البتات (الا أنه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه) لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به نسأل الله حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام (فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم) وهو زوال الملك (وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب) عمله وان ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى أن الحرابة لا توجب انتفاء

قوله ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى) أى محفوظا وموقوفا زواله الا أن يتبين حاله لان ردته

(قوله وعندهما لا يزول لانه الخ) أقول منقوض بملك المرقوق كما يشير اليه دليل أبى حنيفة (قوله والجامع أن كلا منهم الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته) أقول قوله ومالكيته كأنه عطف تفسيرى (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول لعل المراد ارتفاع اضافة الملك اليه والا فالظاهر أن الملك نفسه غير مرتفع

قال (وان مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيأ) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لورثته) وقال الشافعى كلاهما فىء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربى لا أمان له فيكون فيأ ولهما أن ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابى حنيفة انه يمكن الاستناد فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة

الملك بل زوال العصمة فان الحربى مالك غير أن مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربيا قصارى ما يقتضى زوال عصمة ماله ونفسه تبعا وهو لا ينفى قيام الملك فى الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم أن حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالا بإتا فان استمر حتى مات حقيقة أو حكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الملك وهذا ظاهر بأمن الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فقول أبو حنيفة ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على أنه ان عاد وماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادى ان أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث وجه قول محمد أنه فى معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالا وأبو يوسف يمنعه ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وان مات أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه فى اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه فى حال ردته فيأ) لجماعة المسلمين يوضع فى بيت المال (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعى) ومالك وأحمد (كلاهما فىء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر) اجماعا (فبقى مال حربى لا أمان له) لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب (فيكون فيأ ولهما أن ملكه فى الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) من أنه مكلف محتاج الى آخره (فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم) وهذا لا ينتهض على الشافعى الا اذا بينا لمية الاستناد وهو أن يقال ان أخذ المسلمين له اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلى الذى لم يسبق له اسلام أو نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين فى ذلك وترجحوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ لاب قال تعالى أو من كان ميتا فأحييناه (ولابى حنيفة) ما قالاه فى وجه التوريث (الا انه انما يمكن فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة) وهى الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد علمت ان بمجرد ردته زال ملكه فيأ

توجب زوال ملكه على قول أبى حنيفة رحمه الله ثم لو أسلم فالمال ماله على ما كان وان مات أو قتل يكمل السبب المزيل لملكه وقت الموت مستندا الى أول السبب وهو الردة كما فى البيع بشرط الخيار فانه اذا أجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المشترى المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هذا الطريق التوريث فيه توريث المسلم من المسلم فان قيل زوال ملكه اما أن يكون قبل الردة أو معها أو بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه وبعد الردة هو كافر لما تقدم المزيل للملك ردته كما أن المزيل للملك موت المسلم ثم الموت يزيل الملك عن الحى لا عن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكما أن الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق توريث المسلم من المسلم (قوله ثم هو مال حربى لا أمان له فيكون فيئا) فيوضع فى بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع قلنا المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركوا المسلمين فى الاسلام وترجحوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين مقدم على ذى سبب واحد فكان الصرف اليهم أولى (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج وكونه

الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوى الجهتان وأفضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله فى حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله وقوله (وان مات أو قتل على ردته) أعاده لانه لفظ القدورى رحمه الله والاول كان لفظه ذكره شرحا للكلام وقوله (ثم هو مال حربى فيكون فيأ) يعنى يوضع فى بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الخ وقوله (ويستند) يعنى التوريث (الى ما قبيل ردته) فيجعل كأنه اكتسبه فى حال الاسلام فورثه ورثته منه من وقت الاسلام (ولابى حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد) أى استناد التوريث (فى كسب الاسلام لوجوده) أى لوجود الكسب (قبل الردة

(قوله وقوله ويستند يعنى التوريث) أقول فيه بحث فان المرتد قبل ردته حى حقيقة وحكما فكيف يستند اليه التوريث فانه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليتأمل فى جوابه فالشرع جعل السبب هو الجزء

المقدم على الردة من الزمان فلا يلزم توريث المسلم من الكافر

ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز (ثم انما يرثه من كان وارثاله حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان أسلم بعض قرابته أو ولد

له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهي رواية الحسن عنه (اعتبارا للاستناد) يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا شرط أن يكون وارثا الى وجود أحدهما (وعنه) أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (انه يرثه من كان وارثاله عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته) أي بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت) في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد قيل وهو الاصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) يعني أحد الامور الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث

قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض) في انه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول (وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل وهي

ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثاله حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبارا للاستناد وعنه أنه يرثه من كان وارثاله عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل على ردته وهي

ا كتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له لم يمكن استناد التوريث فيه الى ما قبيل موته الحكمي أعني الردة لانه انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو أن المرتد تزول املاكه بالردة المستقرة على ما حققناه عنده وعندهما لا تزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والفرض أن له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستدعي استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما يرثه من كان وارثاله حالة الردة) بان كان حرا مسلما (وبقي كذلك الى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) رواها عنه الحسن بن زياد وهذا لاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو ردته بعد ردة أبيه (بل) اذا مات او ارتد (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) واللحاق وهي رواية محمد عنه قال في المبسوط وهذا أصح (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا أنها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من يحث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم يرثه وهو قول أبي يوسف ومحمد الا أن الكرخي حكى بينهما خلافا في اللحاق فعند أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم وجه أبي يوسف أن العارض يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والامان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدي الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال أداء الكتابة وجوابه من قبل أبي يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المايوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء بل في حكمه لانقطاع ولاية اعنه وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد ذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أي المرأة المسلمة (اذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهي

مكلفا يشعر بكمال الاهلية وكمال الاهلية لا يقتضي زوال الملك بل يقتضي تقرره فصار هذا المالك كالمحكوم برجمه حيث لا يزول ملكه هنالك (قوله وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو

في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق

في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة) وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصاراها أن يجعل بالردة كانه طلقها والفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار فالتحقيق أن يقال بالردة كانه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلا أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبه قال أبو يوسف وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية أبي يوسف وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة الى الموت أو على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لأن الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا أيضا لا ترث المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها) اذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب الفيء) وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي اسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله) فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تحت أيدينا فلا يورث (قوله ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت المطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فاذا جعلنا ردته كمباشرته لسبب

ولده من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية (قوله لانه يصير فارا) فان قيل بمجرد الردة تقع الفرقة فكيف يصير فارا وهو صحيح البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كما في المرض فيثبت التعلق باول أجزاء الردة ثم البينونة بعد تمامها وهو في اتمام الردة مختار فيتحقق منه الابانة في حال ما تعلق حقها بماله فيصير فارا وهذا بخلاف ارتداد المرأة في صحتها لان ارتدادها لم يكن سببا للموت اذ هي

في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا) لانها سبب للهلاك كالمرض فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل أبو حنيفة يسند التوريث الى ما قبيل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رضي الله عنه) فان ما اكتسبه في حال ردته فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله لأنه لا حراب منها ومعناه فلا قتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة) والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما أشار اليه بقوله (لقصدها ابطال حقه) وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث

قال المصنف (ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت) أقول وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة وأجيب بان ردتها في حكم العدم واسلامها باق حكما لانها بعد الردة تجبر على الاسلام وتحبس وباعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة الى هذا أشار في المبسوط

بدارالحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته) قال العبد الضعيف عصمه الله

مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت ديونه) المؤجلة (ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في أيام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام وأما ما أوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجي أن الاطلاق قوله وقولهما أن الوصية بغير القربة لا تبطل لان البقاء لوصية حكم الابتداء وابتداء لوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند أبي حنيفة تتوقف فكذا ههنا قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للمائحة والمغنية وقال الطحاوي لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل أطلاق محمد ابطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفا (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا) ويحفظه الحاكم الى أن يظهر موته حقيقة أو يعود مسلما فيأخذه (لأنه) أي اللحاق نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام أحكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى) بخلاف الغيبة في بلدة أخرى من دار الاسلام فان أحكام الاسلام وولاية الزامها ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذ صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لأن القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ولأنه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد لأنه السبب والقضاء انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال) أي احتمال عوده أي اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر (وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من يحيث يرث وقت الردة كافرا أو عبدا ووقت القضاء مسلما معتقا ورث عند أبي يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أي اللحاق انما (يصير موتا بالقضاء) لانه بمجرده غيبة فتقررها بالقضاء وبتقرره يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد منا تمام وجهي القولين (والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبريها وحلول ديونها (قوله وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام

لا تقبل بالردة والمرتدة اكسابها لورثتها المسلمين لانه لا حراب منها فلم يصرم لها فيئا بل بقي على ملكها أو أحق

زوجها منها (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا) ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقه (عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين) عندنا (وقال الشافعي رضي الله عنه يبقى ماله موقوفا) وهو أحد أقواله (لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الاسلام) والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلانه بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم وأما حكما فلانه لما أبطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطى حكم أهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة عنهم (كما هي منقطعة عن الموتى الا أن لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي تثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها) يعني قوله عتق مدبروه الخ (كما في الموت الحقيقي) (قوله ثم يعتبر) ظاهر والضمير في لتقرره للعتق وقيل للسبب وهما متقاربان

(قوله وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه) أقول فيه بحث

(قوله هذه رواية عن أبي حنيفة) هو رواية زفر رحمهما الله وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الاسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أي عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الاول أن المستحق بالسببين) أي المداينتين (مختلف) وتقريره أن المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلابد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف أداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله (وجه الثاني) تقريره أن كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بأن لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله (كالذمي اذا مات ولا وارث له) فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله (وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة) تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة والثاني أن كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع

هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول أن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين

شيء ورثته الورثة والا لا يرثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ولم ينسب الكرخي هذا الى أبي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ما لحقه في حال الاسلام الى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام) فيقضى منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين (فان لم يف كمل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل أن فضل شيء وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الاول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الاسلام ودين الردة (مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني) وهو رواية الحسن (أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه) فان قيل كيف يقضى منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين أجاب فقال لا بعد في هذا (فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه أولا وما فضل يكون للمسلمين (فكذلك ههنا) قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما تعلق في مال المريض والا فهو قد ذكر أن أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه) قال في المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن أبي حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضي منه (وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين

الناس بملكها وارثها (قوله وكسب الردة خالص حقه) فان قيل هذا يناقض قوله قبل هذا أما كسب

(قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول قوله وهو راجع الى المستحق (قوله أجاب بقوله كالذمي الخ) أقول فيه بحث لوضوح الفرق بينهما

ولاوجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الأول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق فى مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكاله ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمى اذا مات ولا وارث له على ماذكرنا آنفا وعن الثانى بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه فى الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والآخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الاول أولى هذا على طريقة أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التى اختلف علماؤنا رحمهم الله فى نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند أبى حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدورى وليس الخلاف فيه مذكورا فى هذا الموضع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الاما نذكره فقوله يجوز ما صنع فى الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثانى القتل والموت واللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعنى فى الاستيلاد فلو ولدت جاريته وادعى نسبه يثبت منه وورثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لان حقه فى ماله أقوى من حق الاب فى جارية الابن واستيلاد الاب صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك وقوله (وتمام الولاية) يعنى فى الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور

وباطل

لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما والله أعلم قال (وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته فهو موقوف فان أسلم صحت عقوده وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع فى الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية

لانهما جميعا ملكه عندهما) حتى يجرى فيهما الارث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه الى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك فى الاستيلاد ولا الى تمام الولاية) فى الطلاق فان الاستيلاد يصح فى جارية الابن وحق المرتد فى ماله أقوى من الاب فى جارية ابنه ولذا تصح دعوى المولى ولد أمة مكاتبه وحق المرتد فى ماله أقوى من حق المولى فى كسب المكاتب لان المال موقوف على حكم ملكه حتى اذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق وقد سلف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة وصرح فى المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التى يلحقها الطلاق مع أن الردة لا تلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبنى على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة ولا ملة له) لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوى أو غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التى يدينون بها ملك النكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق فى نكاحه شئ من ذلك لانه لا يقر

الردة فليس بمملوك له قلنا لا يلزم من كونه خالص حقه أن يكون ملكاله كما كساب المكاتب تكون خالصة له وهى ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه أى لا يتعلق به حق الورثة وأقصى ما فى الباب أن يكون ذلك فيئا على تقدير موته على الردة وكونه فيئا لا يخرجه من أن يكون حقه باقيا فيه حتى تقضى ديونه منه كالذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه (قوله وقالا يجوز ما صنع فى الوجهين) أحدهما الاسلام والثانى أحد الاوجه الثلاثة من الموت والقتل واللحوق (قوله نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك) حتى اذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامة أم ولد له لان حقه فى ماله أقوى من حق الاب فى جارية ولده وذا يكفى لصحة الاستيلاد فهذا أحق والطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية فقد صح طلاق العبد مع قصور ولايته وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله وصورته اذا ارتدا معا وأشار فى الاسرار الى أن ردة أحد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا وضعا بدليل أن الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضعا وكذلك يصح فى غير النكاح ولان الفرقة عقيب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع فى غير المدخول بها فثبت أنها واقعة لمنافاة بينهما حكما اذ لا تنافى ههنا واذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لانعدام تأبيد الحرمة فكانت المرتدة فى العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فعملناه فيما بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمية لانها مؤبدة فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة أثر الطلاق وذكر فى المحيط وكل فرقة توجب التحريم مؤبدا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر له أثر واذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذى هو من

قال المصنف (نافذ بالاتفاق كالاستيلاد الخ) أقول فى الكافى وتسليم شفعته والحجر على عبده المأذون اه وعد الامام التمرتاشى الحجر على المأذون

الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد أجيب بان المرتد يقع طلاقه كالو أبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كالو ارتدا معا (قوله لانه) أى كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة له) لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانهم ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضى بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجرى به التوارث بين الزوجين لان ماهو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس وأهل الشرك فانهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام و بعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتد ان فاوض مسلما توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ما عددناه) يعنى قوله وما باعه أو اشتراه الخ وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه مكلف يحتاج الخ

وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف فى توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل

حيا ومن هذا القسم ارثه وأما الارث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولا مساواة بين المسلم والمرتد) فيتوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما وعند أبى حنيفة تبطل أصلا لان فى العنان وكالة وهى موقوفة عنده (ومختلف فى توقفه وهو ما عددناه) من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هى موقوفة ان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو لحق بطلت (لهما أن الصحة) للمعاملات التى ذكرناها (تعتمد الاهلية) لها (والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا) بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه)

أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهى فى العدة وقع عليها الطلاق لان المنافى وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة قائمة فيقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون (قوله وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له) وذكر فى النهاية فان قيل ايش تعنى بالملة ان عنيت بها ملة الاسلام ينتقض بصحة نكاح أهل الكتاب وان عنيت بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس وأهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية أصلا لا مقررة ولا محرفة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضى أهل الاسلام بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين ولانهم لو أسلموا على نكاحهم ذلك يقرون عليه اذا لم يكن النكاح فى ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح قلنا قال الامام ظهير الدين رحمه الله فى الفوائد وقد راجعت الفحول فى هذا فلم أجد لديهم ما يجدى نفعا وكنت فى ذلك متأملا حتى هجس فى فؤادى والتاط بصغرى أن المعنى من تلك الملة هى الملة التى يتدينون بذلك النكاح ويقرون على ذلك لان عند ذلك يحصل ماهو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل وتنتظم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمرتدة تستتاب بالحبس فكيف ينتظم ماهو الغرض من النكاح فلما لم يحصل بها هذا الغرض لا تكون لهما ملة يتدينون بها التوارث فلا يصح نكاحهما فالحاصل أن حل الذبيحة يقتضى ملة يتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليها ارثه من كان عليها بذلك النكاح فلذا جاز نكاح المجوسى ونكاح سائر المشركين لانهم دانوا دينا لو مات من عليه ارثه من كان عليه ويقرون على ذلك الدين فحينئذ تنتظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم بخلاف المرتد والمرتدة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما (قوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة) فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى بلحاقه بطلت المفاوضة اتفاقا ولكن يظهر أنها كانت عنانا عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله تبطل أصلا لان فى العنان وكالة وهى موقوفة (قوله على ما قررناه من قبل) وهو قوله لانه

من المختلف فى توقفه (قوله وان كان المراد بها الملة السماوية الخ) أقول وأيضا المرتد اذا ارتد الى النصرانية أو اليهودية كان له ملة سماوية الا أن يقال الشرع لم يجعلها له ملة حيث أجبر على العود الى الاسلام (قوله وأجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا الخ) أقول قوله نكاحا حال ثم أقول فيه تأمل فانه اذا أريد بالملة ذلك ينبغى أن تحل ذبائح المجوس والمشركين وليس كذلك قال فى النهاية فالحاصل أن حل الذبيحة يقتضى ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو ماتت عليها ورثها من كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنيى المشترك قال المصنف (والنفاذ الملك) أقول بالرفع عطف على الضمير فى قوله يعتمد ولا يجوز النصب على المذهب المنصور

وقوله (ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر) توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد

وقوله (ولو مات ولده بعد الردة) يعني لو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما

ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته الآن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلما يترك فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت أيدينا على ماقررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل

يعني من قوله مكاف محتاج الى آخره ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة لستة أشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو أن ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرثه واذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (الآن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل) فلا يكون كالمريض (وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لان من انتحل نحلة لاسيما) اذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض (ولابي حنيفة رحمه الله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ماقررناه في توقف الملك) أي عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه بردته ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور نفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملاكا كان قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك والفرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فان أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد (كالحربي يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ) أي يؤسر (فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله) حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه أو أسلم لم يؤخذ له مال (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضي عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرها محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن

مكاف محتاج اه (قوله ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه) وهذا الايضاح أن الملك للمرتد باق وانما قيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبعا لابيه لانه أقرب الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرتد لا يرث أحدا لانه لا ملة له ولا ولاية لانها كرامة وهو مهان والارث من باب الولاية وان كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها والمسلم يرث من المرتد ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه هذا أيضا لايضاح أن الردة ليست كالموت من كل وجه وأهلية المرتد للملك باقية (قوله وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان) الى قوله وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان هنالك يتوقف حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وههنا بين القتل والاسلام ثم هنالك ان استرق أو قتل بطل فان ترك نفذ فكذلك هنا توضيحه أن المرتد هالك حكما والهلاك الحقيقي ينافي مالكية المال ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهلاك الحكمي واذا توقف الملك توقف ما يبتنى عليه من التصرفات كما في الحربي الذي ذكرنا بخلاف المقضي عليه بالقصاص والرجم فهنالك لم يزل ما به عصمة المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة في حق ولي القصاص حتى لو قتله غير ولي القصاص بغير اذنه يقتل القاتل فيبقى ماله كالحقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا ما به كانت

بعد الردة لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب وقوله (على ماقررناه في توقف الملك) اشارة الى ماقدمه من قوله وله أنه حربي مقهور تحت ايدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أي على توقف الملك وقوله (لتوقف حاله) أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله (وكذا المرتد) يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هنالك ان استرق أو قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير أمان يكون فيأ فكيف تتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله (واستحقاقه القتل) جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لانسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما أنها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب

لئلا يلزم العطف على معمولي

عاملين مختلفين وبهذا تبين ما في شرح الاتقاني من الخلل وأنت خبير بانه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد النفاذ والملك الا أن يقال يغتفر في الثواني مالا يغتفر في الاوائل وفيه بحث (قوله واعترض عليه بان الحربي) أقول المعترض هو الاتقاني لبطلان

الخلل فى الاهلية وقوله (فى الفصلين) يريد به فصل الحربى وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا الخلل فى الاهلية مؤثرا فى توقف التصرفات لكان تصرفات الزانى المحصن الذى يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل أجاب بقوله (لان الاستحقاق فى ذلك) يعنى أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزانى والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما (جزاء على

لبطلان سبب العصمة فى الفصلين فأوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى وقاتل العمد لان الاستحقاق فى ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل أن يقضى القاضى بذلك فكأنه لم يزل مسلما لما ذكرنا

ماله وتصرفاتهما نافذة فأجاب بالفرق (بان استحقاق القتل فى الفصلين) أى الحربى والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الاسلام (فأوجب خللا فى الاهلية بخلاف الزانى والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجناية) مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غير ولى القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل) قال أبو اليسر ما قالاه أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمى لا الحقيقى ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضى عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافى للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبى حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك فى الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود فى المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد (قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه) نقدا أو عرضا (أخذه لأن الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه) عنه بالموت المحكوم به (واذا عاد مسلما) فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا فى المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج من ساعتها لانها فارغة من النكاح والعدة كأنها حييت الآن قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه فاذا حيى (احتاج اليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا لو أحياه الله سبحانه وتعالى ميتا حقيقة وأعاده الى دار الدنيا كان له أخذ ما فى يد ورثته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضى ولاء وولده فيه ولا يضمنه (وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لا يعودون فى الرق (لان القضاء) بعتقهم (قد صح بدليل مصحح) له وهو اللحاق مرتدا لانه كالموت الحقيقى فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم له ولاهم أعنى المرتد الذى عاد مسلما هذا اذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق (فكأنه لم يزل مسلما) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا) من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء وما كان عليه

العصمة فى حق النفس فى حق الكل فكذلك فى حق المال لانه تابع للنفس فى العصمة ولان تأثير الردة فى نفى المالكية فوق تأثير الرق فان الرق ينافى مالكية المال ولا ينافى مالكية النكاح والردة ينافيهما فلما لم يعتبر تصرف الرقيق باعتبار مالكية المال فههنا أولى (قوله فى الفصلين) أى فى فصل الحربى والمرتد (قوله لان القضاء قد صح) لان القاضى قضى بعتقهن عن ولاية لانه لو كان فى دار الاسلام كان له أن يعتقه حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له أن يعتقه حكما فاذا قضى عن ولاية ينفذ قضاؤه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض (قوله بدليل مصحح) وهو قضاء القاضى بلحاقه (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله الا أنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء

الجناية) وقوله (وبخلاف المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه) أى اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام (مسلما فما وجده فى يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه) حيث دخل دار الحرب (واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه) أى على الوارث قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله فى هذا لو كان هذا بعد موته حقيقة بان أحياه الله تعالى وأعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا أنه خلاف العادة (بخلاف ما اذا أزاله الوارث عن ملكه) فانه لا سبيل له لانه أزاله فى وقت كان فيه بسبيل من الازالة فنفذت (وبخلاف أمهات الاولاد والمدبرين) فانه لا سبيل له عليهم (لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح) وهو قضاء القاضى بلحاقه عن ولاية لانه لو كان فى دار الاسلام كان له أن يعتقه حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له أن يعتقه حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض (ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضى بذلك فكأنه لم يزل مسلما) فامهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضى وما كان عليه من الديون فهو الى أجله كما كانت (لما ذكرنا)

(قوله وصار كالمرتدة) أقول أنت خبير بان قوله وصار كالمرتدة ليس قولهما بل هو قول أبى يوسف قال المصنف (فما وجده فى يد الخ) أقول قال فى الكافى ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا

(واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له فى حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهى أم ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار فى حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد أما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد

من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى أجلها العدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الاباق كان لم يكن (قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له فى حالة الاسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر) ولو الى عشر سنين (منذ ارتد فادعاه فهى أم ولده والولد حر وهو ابنه) وثبت لامه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على ردته أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا) انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث فى شرح الجامع الصغير (وأما انه لا يرثه فلان الام اذا كانت) يهودية أو (نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لا لامه) لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد فى حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما اذا كانت) الامة (مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد) ولا يقال لم يجعل تبعا للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعا للدار اذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبى وليس معه أحدهما أو يلتقط فى دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما مع وجودهما لان الحكم باسلامه فى هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان عليه بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد فى زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فانه يرثه اذا مات أو لحق أو قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق فى حالة اسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وفى الفوائد الظهيرية ما ذكر فى الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه فى حالة الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعنى ولد الامة المسلمة هنالك لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبى حنيفة أن من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعدها انتهى وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلى الا أنه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع اليه وهذا كله بناء

القاضى (قوله فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر) وكذا الحكم فى ستة أشهر وفائدة التقييد به أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد وان كانت أمه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده فى البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب وأما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة لا يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله (قوله فلما قلنا) اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك (قوله فالولد تبع له لقربه الى الاسلام) فان قيل لم لا يجعل مسلما باعتبار دار الاسلام كاللقيط قلنا لان تبعية الدار عند عدم الابوين فاما عند وجودهما فلا يثبت ابتداء الاسلام للولد باعتبار الدار كالصغير اذا سبى ومعه أحد أبويه فان قيل يشكل على هذا الولد المولود بين المسلمين اذا ارتد أبواه فانه يبقى الولد مسلما ما دام فى دار الاسلام باعتبار الدار فعلم بهذا أن تبعية الدار معتبرة عند الابوين أيضا قلنا انما كان كذلك لان هنالك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتداد أبويه باعتبار تبعيتهما

يعنى من قوله الا أنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضى وقوله (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) ظاهر وقوله (فلما قلنا) اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة أشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فان الولد يرث أباه المرتد وان كانت أمه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده فى البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه وأما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة

قال المصنف (والمسلم يرث المرتد) أقول وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثا عند الموت قال الامام العلامة الكاكى فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه محمد عن أبى حنيفة

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة ترد عليهم) لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثانى انتقل الى الورثة بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذى أسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته

على كونه اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها فى حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين بلحظة لانه أحوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وان كان خلاف المذهب كالذى جاءت به لاقل من ستة أشهر الا أن على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث (قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو فيء) باجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما كان فى دار الاسلام من الباقى من ماله على ما تقدم أنه عندهم محفوظ له الى أن يظهر موته فيصير فيأ ولا يشكل كون ماله فيأ دون نفسه فان مشركى العرب كذلك (وان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم (ان وجدوه قبل القسمة ترد عليهم) وان وجدوه بعدها أخذوه بقيمته ان شاؤا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب أعنى الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين أن يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله أما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب وأما اذا عاد قبله كان عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر اقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفى بعض روايات السير جعله فيأ لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية (قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للائمة الثلاثة (والولاء والمكاتبة) أى بدل الكتابة (للمرتد الذى أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار

فيبقى على ما كان باعتبار بقائه فى دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه فانه لم يكن لهذا الولد حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتبار الدار اذا كان فى يد أبوين كافرين (وفى الفوائد الظهيرية بعد ذكر ورثة الولد فيما اذا كانت أمه مسلمة وما قال فى الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه فى حال الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم بهذا أن الصحيح هو ما رواه محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه يرثه من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعد ذلك (قوله والثانى انتقل الى ورثته بقضاء القاضى) هذا اذا رجع بعد قضاء القاضى بماله لورثته فاما قبل القضاء فكذلك فى رواية وفى رواية يكون فيأ لان بمجرد اللحوق لا يصير المال ملكا للورثة ووجه الاول أن القضاء شرط ليترجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فتقرر موته ولما خرج الينا مغيرا ورجع بماله ظهر أنه لا يريد العود الى دارنا فتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيصير ماله لورثته من ذلك الوقت فانما أخذ المرتد مال الورثة فلهذا يرد عليهم (قوله فالمكاتبة) أى بدل الكتابة (قوله لنفوذها بدليل منفذ) لصدورها من الابن حال ولايته

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء) أى المال فيء دون نفسه ويجوز أن يكون المال فيأ دون نفسه كمشركى العرب وان لحق ثم رجع) يعنى وان لحق وحكم القاضى بلحاقه ثم رجع (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربى واذا ظهر على مال الحربى فهو فيء لا محالة (والثانى انتقل الى ورثته بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم اذا وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة أخذه مجانا فان لم يكن القاضى حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففى ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفى بعض روايات السير يكون فيأ لاحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذى أسلم) أما جواز الكتابة (فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضى باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تخل بملك الرقبة وقد ذكرنا أن المرتد اذا عاد مسلما أخذ ما وجده بعينه فى يد وارثه ولا الى الثانى لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته لان فى الوكالة خلافة احتمالا لبقاء حكم الحاكم فى صحة الكتابة فكانه وكله فى كتابة عبده

وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند أبي حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيأ عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال (فان لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة)

الحرب كان كأنه سلط ابنه على التصرف في ماله (وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة) بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فاذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا كان أدى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن (قوله واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند أبي حنيفة وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام) أما أن الدية في ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التي بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للمرتد وأما أنها عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا يملك غيره عنده وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة تهدر الجناية عند أبي حنيفة خلافا لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدأ والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه للاهتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية العبد والامة والمكاتب المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك أكسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر (قوله واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق ثم جاء مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما (أما الاول) وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وأيضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا أهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فانه لا يجب الضمان أصلا لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا (والهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف (ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا) بالقضاء باللحاق (والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى) على أنها قتل لانه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما اذا لم يقض بلحاقه) حتى عاد مسلما فمات (فهو على الخلاف الذي نبينه) قال شمس الائمة الصحيح أنه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه

(وحقوق العقد فيه) أي في عقد الكتابة (ترجع الى الموكل) وأما أن الولاء للمرتد الذي أسلم فلان الولاء لمن أعتق والعتق انما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد أداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ قال (واذا قتل المرتد رجلا) كلامه واضح وقوله (لانعدام النصرة) يعني أن التعاقل انما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضي الله عنه (وعندهما الكسبان جميعا ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل لفصله عن الصفة (قوله أما الاول) يعني ما اذا مات على ردته (قوله فاهدرت) يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لان قطع اليد صار نفسا (بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فانه لا يضمن القاطع من ذلك شيئا وان كان معصوما وقت السراية (لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا (أما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة) (قوله فان لم يلحق وأسلم) يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا

(قوله لانها لو لم تهدر الخ) أقول فيه نوع مصادرة (قوله لان قطع اليد صار نفسا) أقول الظاهر أن يقال صار قتلا

(قوله في جميع ذلك) أي فيما اذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلما أو لم يلحق وأسلم وقوله (لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان) دليله أن الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شئ فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب الادية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شئ لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر وقوله (وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد و زفر رحمهما الله قياس وقول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه أنه ان كان عمدا فلا شئ له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كانت على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته أحد

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

ما ذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله وان لم يلحق أي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق (فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد و زفر في جميع ذلك) يعني الصور الاربعة وهي ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فاسلم (نصف الدية) قياسا و وجهه (ان اعتراض الردة أهدر السراية) حتى لو قتله قاتل لا شئ عليه فاذا أسلم بعد ذلك (لا ينقلب الاسلام الى الضمان) من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فاسلم لا يجب على الفاعل شئ (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لانه مسلم (وتمت فيه) لانه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة) وهذا لان تخللها كائن في حال البقاء فقط وانما وجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع أنه لا معتبر ببقائها في ذلك وانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمعزل) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا للعبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب

(قوله لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام) لان الردة معنى لو مات عليه بالسراية لا يلزم شئ فكذا اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تناقضا البيع ثم مات لا يجب الادية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شئ ولان البيع معنى يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس أصلا الا أنا نقول ان الردة ليست بابراء عن ضمان الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين ألا ترى أنها تصح من غير ابراء الا أنه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالابراء كذا في الاسرار (قوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) فانه اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار

(قوله سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول الاولى هو الاكتفاء بقوله اذا مات من القطع و بيان حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد و زفر نصف الدية أيضا بناء على ما ذكره فتأمل

وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكه اذا كان حرا وجعله ملكاله اذا كان مكاتبا وجه الفرق ماذكره ان المكاتب ءالك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد لم تتوقف الاكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أي المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى) يعني الردة (بالطريق الاولى) وانما كان الرق أقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد أولى قال صاحب النهاية رحمه الله قلت لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تأثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز أن يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله أما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا أقام أحد المدعيين أربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة بالعلة نفسها الى هذا لفظه وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما أبرز السؤال من حيث ان احدى علتي المنع تعارض علة الاطلاق وتترجح بالاخرى بل أبرز من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعا عن التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة فكذا

(واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا وأما عند أبي حنيفة فلان المكاتب انما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق

وفي آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فان قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أومات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد (قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) في أيام ردته يفي بكتابته (فاخذ بماله) أي أسر (وأبى ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا) اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه (ان المكاتب انما يملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في اكسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويورث الباقي وقوله (ألا ترى الى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفي بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق

عتق أملا وعدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق هذا هو الحكم في المقطوعة يده وان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوعة يده من قطع اليد مسلما فاذا كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته أومات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا (قوله والكتابة لا تتوقف بالردة) لانها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللحاق الذي هو شبه الموت فان قيل سلمنا أن

(قوله كالاستيلاد والطلاق) أقول الاولى أن لا يذكر الطلاق فانه صحيح من العبد أيضا كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أي ردة المكاتب وأنت خبير بان آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعي الرق والارتداد لا الارتداد فقط والامر سهل (قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المجيب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضا لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التي هي من جنسه ومثله في المنع عن التصرف فلان لا يترجح عليها بزيادتها وهو ليس في مرتبتها في القوة أولى بالطريق فتأمل (قوله تعارض علة الاطلاق) أقول الذي هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

فكذا بالادنى بالطريق الاولى وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء) لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجبر تبعا للجد وأصله التبعية فى الاسلام

أقوى من الردة فى نفى صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب فى دار الحرب ككونه فى دار الاسلام وأورد عليه بان كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع فى المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفى التصرف أجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الابداء ومرة بان الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما الى الآخر انضمام علة الى أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف فى العلة (قوله وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام) قال الولوالجى ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد فلانه يتبع أبويه أو أحدهما فى الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما أجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث أى يستتبعانه فى ذلك وانما لم يجعل تبعا لابيه فى الردة فيجبر مثله لان ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه واذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبى حنيفة أن ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا لجده) فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف (وأصله التبعية فى الاسلام) يعنى أصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو

المكاتب مالكا أكسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاء كان حرا فى آخر جزء من أجزاء حياته كما هو مذهبنا ثم تستند حريته الى ما قبل الموت حتى يحكم بحرية أولاده الموجودين فى حال كتابته فحينئذ كان ما اكتسبه فى حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب أن يكون فيئا على قول أبى حنيفة رحمه الله قلنا ذلك جواب القياس وأما جواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بحريته بالاداء بعد الموت فى الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حريته وحرية أولاده وحقيقة الملك له فى المكاسب وفيما عدا ذلك يعتبر ميتا عبدا ألا ترى أنه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول فى عدم صيرورته فيئا يجعل كأنه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فيئا كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله فكذا بالادنى) وهو الردة يعنى أن الرق أقوى من الردة فى المانعية من التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما أما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع أنه رقيق لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد بالطريق الاولى (قوله فحبلت المرأة فى دار الحرب) قيل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا حبلت فى دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشتمل على فائدة وهى أن العلوق متى كان فى دار الحرب كان أبعد عن الاسلام ومتى كان فى دار الاسلام كان أقرب الى الاسلام باعتبار الدار لكون الدار جهة فى الاستتباع فالجبر هنالك يكون جبرا ههنا بالطريق الاولى (قوله ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا لجده كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام

قال (وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قيل قوله فحبلت المرأة فى دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقى فانها ان حبلت فى دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهى أن العلوق اذا كان فى دار الحرب كان أبعد عن الاسلام واذا كان فى دار الاسلام كان أقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة فى الاستتباع فالجبر هنالك يكون جبرا ههنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله (ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره (وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه يجبر تبعا للجد) لان التبعية فى حق الاب للتفرع والتفرع ثابت فى حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب فى النكاح وبيع مال الصغير

(قوله قيل قوله الخ) اقول القائل هو الاتقانى (قوله ولعل ذكره الخ) اقول قوله ولعل ذكره الخ) ماخوذ من الكافى مع تغيير يسير بعبارته فراجعه ان شئت

وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث أبويه ان كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام أنه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا

ثبوت الاسلام تبعا للجد (وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا احداها هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا أب له أوله أب معسر أو عبد لا تجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جر الولاء) صورتها معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاؤه لموالي أمه فاذا عتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو أعتق أبوه (والرابعة الوصيه للقرابة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس لاخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لانه اذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب والدار جهة استتباع تقتضي أنه أبعد عن الاسلام فلان يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام أولى هذا اذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيأ بالسبي كذا ذكر ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما بالالحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيأ يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيأ لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيأ بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت هاتان المسئلتان وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع (قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد) اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يرث منه وبه كان يقول ابو يوسف ثم رجع وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث ابويه الكافرين) ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان اباحنيفة رجع الى قول ابي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وردته ليست بارتداد لهما) اى لزفر والشافعي في عدم صحة اسلامه (انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا) لتناف بين صفة

فلا يجبر على الاسلام تبعا للجد ولا يجبر أيضا تبعا لابيه وهو الولد الاول لان التبع لا يستتبع غيره وقوله فالولد أن فيء أما ولد الولد فلانه كافر أصلي وأما الولد الاول فلانه ولد المرتدة وولد المرتدة يسبى تبعا للام لان الولد يتبع الام في الرق والحرية (قوله كلها على الروايتين) أي في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يجعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صورة صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكره وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد على الجد أم لا وصورة جر الولاء أنه اذا أعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد أم لا وصورة الوصية للقرابة اذا أوصى رجل لذي قرابة لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أم لا ففي ظاهر الرواية يدخل وفي رواية الحسن لا يدخل (قوله ولا يقتل) أي وان أدرك كافرا (قوله

وقوله (كلها على الروايتين) يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صيرورة لولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهي أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الحافد عليه أولا وأما صورة جر الولاء فلأنه اذا أعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد أو لا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا أوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أو لا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان أدرك كافرا ويحبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله (لهما) أي لزفر والشافعي رحمهما الله (انه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لابويه فيه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلا) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل

(قوله هل تجب فطرة الحافد عليه) أقول يعني اذا لم يكن له مال (قوله فلانه اذا أعتق الجد والحافد حر الخ) أقول بان كانت أمه معتقة تزوجت عبدا فولدته فان ولاءه لموالي الام (قوله هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد) اقول يعني اذا أعتق (قوله بطريق التبعية موجودا) أقول فيه بحث ولانه

القدرة وبين القدرة والعجز تناف وأحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الآخر ضرورة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله واختاره بذلك مشهور) يشير الى ما قاله رضي الله عنه سبقتكمو الى الاسلام طرا *

ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور

الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به (ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة) من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعتاق (ولنا فيه) اي اسلامه (ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور) اما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه

سبقتكمو الى الاسلام طرا * غلاما مابلغت اوان حلمي

وأما ما عن الحسن انه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله أحد وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال أسلم علي وهو ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه أسلم وهو ابن عشر سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وما ذكر الثعالبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد في أحكام الآخرة فسلم وكلامنا في تصحيحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه أمكن أن يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرناه هو الوجه قيل ومن أقبح القبائح أن لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة قيل والعجب من الشافعي كيف يصحح اختياره لاحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه انما يختار من يطلق عنانه الى أهويته من اللعب وغيره ولا يصحح اختياره المقطوع بخيريته فان قال هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وانه يقع مسقطا للواجب لكنا انما نختار أنه يصح لتترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعند أحمد ومالك يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف (ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه) والتصديق الباطني يحكم به للاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول

وصحح النبي عليه السلام اسلامه) وافتخاره بذلك مشهور وهو قوله

سبقتكمو الى الاسلام طرا * غلاما مابلغت أوان حلمي

غلاما مابلغت اوان حلمي واختلفت الروايات في سنه حين اسلم رضي الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال القتبي اسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين

قال المصنف (ولنا فيه أن عليا رضي الله عنه أسلم صبيا وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه) أقول قال العلامة النسفي في الكافي والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح اسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة فان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه وانما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلت هي حكاية حال فلا عموم له وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه قال العلامة الكاكي أجيب بانه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صححه في أحكام الدنيا أيضا اه فتأمل فيه قال المصنف (وافتخاره بذلك مشهور راجح) أقول ويشهد لذلك قوله

سبقتكمو الى الاسلام طرا * غلاما مابلغت أوان حلمي

(قوله ولانه أتى بحقيقة الاسلام) دليل آخر وهو ظاهر (قوله وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن يكون معطوفا على التصديق أى هو التصديق الاصلي وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون خبر مبتدا محذوف ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على

ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهى التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهى من أجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بشوبه ولهم فى الردة أنها مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبى يوسف لانه تعلق به أعلى المنافع على ما مر ولابى حنيفة ومحمد فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام

والاتصاف فان قال الايمان الذى أنفيه منه هو المعتبر شرعا دخل فى الوجود ولا أنفيه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لانه جعل أهلا للنبوة كما فى يحيى عليه الصلاة والسلام وهى فرع الايمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه و يثاب عليهما واما لعدم أهلية الوجوب فنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا وأما لحاجر شرعى وهو منتف ولا يليق أن يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوى به اسقاط الفرض كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية أداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند فخر الاسلام فلانه يثبت أصل الوجوب به على الصبى بالسبب وهو حدوث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة وأما عند شمس الائمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلى الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين فى عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين أولا سلامه وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يفعله أهل الاجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما تتعلق به السعادة الابدية و يزول به توقع مضرة أبدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر وأما التنافى الذى ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا وأصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل و يقر مختارا فاذا عقل وأقر مختارا نقول انقطعت تبعيته فى حق هذا الحكم وبقى أصلا وفى المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته كانت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلهما أمرين يتأيد أحدهما بالآخر قال المصنف (ولهم فى الردة) يعنى الشافعى وزفر وأبا يوسف (انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبى يوسف لانه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولابى حنيفة ومحمد) ما قلنا من (انها موجودة حقيقة) بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به (ولا مرد للحقيقة) فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها فى الاسلام مثله فى الردة

وقيل أول من أسلم من الرجال أبو بكر رضى الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان على رضى الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه السلام صحح اسلامه فى أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة وان قلت صحح فى أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه انما الكلام فى أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلنا هى حكاية حال فلا عموم لها وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها (قوله ولا مرد للحقيقة) كما قلنا فى الاسلام فان قيل الاسلام منفعة محضة والردة مضرة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعة محضة تحقق ما هو مضرة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة ألا ترى أن قبول الهبة صحيح لانه منفعة محضة وردها باطل لانه مضرة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام قلنا هذا من اعتبار الشئ بعد وجود حقيقته فبعد ذلك لا يعتبر أنه منفعة للصبى أو مضرة وهذا لان الردة منه بجهل بخالقه وجهله فى سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم

تقدير أن يكون خبرا او ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة أبدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل فى الايمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى فى أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا فى ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا أن احدى الجهتين مؤيدة بالاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندى اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنيته مقصودة وتبعا للسلطان أيضا (قوله ولهم) أى لابى يوسف و زفر والشافعى رحمهم الله وقوله (ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها) أى فى الردة (انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام) فان رد الردة يكون الا

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول لا يلزم من كون الشئ فرضا أن يكون من أتى به مخاطبا

الا أنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا فى الصبى الذى يعقل

لما فى ذلك من النفع وفى الردة من الضرر ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقيقة الداخلة منه فى الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو الجهل فهى التى لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن أن يجعل عارفا ذا علم جاهلا بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فلو أكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم أفسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هى دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة فى نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا فى ذلك بان لم تكن جالبة لذلك فمنعناها بخلاف القبول فانا علمنا علمه بالصلحة فلا نجعله جاهلا بها واذا ثبت أن الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة ألا ترى أنا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله الا أنه) أى الصبى المرتد (يجبر على الاسلام لما فيه من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة أربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احداها الذى كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا فى القياس يقتل كقول مالك والشافعى وفى الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة فى اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اذا أسلم فى صغره ثم بلغ مرتدا فى القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد وفى الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه فى الصغر والثالثة اذا ارتد فى صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيصير شبهة فى اسقاط القتل وفى كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شئ ذكر الكل فى المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط فى دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف فى وجه عدم قتله (لانه) أى القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) وبين أن الكلام كله فى الصبى الذى يعقل الاسلام وفى المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب فى الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشى رحمه الله وأحال التمرتاشى هذه الرواية الى التبصرة فالاولى فى التعليل ما فى المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء فى صحة اسلامه ولفظه فى المبسوط فى هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة فى الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيأ لان من ضرورة

جهله به فكذلك جهله بردته فبهذا يعلم أن قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان فى كل منهما اعتبار الشئ بعد وجود حقيقته وبعذر الصبى لا يجعل ما وجد منه حقيقة أنه غير موجود ألا ترى أن الصبى اذا صام ثم أكل عامدا ينعدم الصوم لوجود حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبى لان من ضرورة كونه أهلا للعقد كونه أهلا لرفعه كما أنه لما كان أهلا لعقد الاحرام والصلاة كان أهلا للخروج منه وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره ألا ترى أن ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة أبيه فيجب أن لا يلحقه من جهة نفسه أيضا (قوله ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة من الصبيان) فى هذا التعليل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرحمة لصباه كان ينبغى أن لا يعذب فى النار مخلدا كسائر الكفار وقد صح أن الصبى الكافر يخلد فى النار فالصبى المرتد أولى لان كفره أغلظ والصحيح ما علل به فى المبسوط لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه (قوله وهذا فى الصبى الذى يعقل) يعنى فى صبى عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوة محمد عليه السلام حتى اذا

بالعفو عنها وذلك قبيح كما أن رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس وفرق الشارع بينهما ومثله فاسد فى الوضع على ما عرف فى الاصول والجواب أن هذا قياس منا بوجود شئ وتحققه بوجود شئ آخر وتحققه فى عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله (الا أنه يجبر على الاسلام) هذا جواب الاستحسان وفى القياس يقتل لردته بعد اسلامه وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) قال

ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذى

صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شئ (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصح اسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه (والسكران) الذى لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك وأحمد فى رواية والشافعى فى قول وقال فى قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسى وتقدم فى كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع اليه فى فصل ويقع طلاق كل زوج الى آخره *(فروع)* كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته فى اسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ولا فرق بين أن يجىء تائبا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابى ولا أعلم أحدا خالف فى وجوب قتله وأما مثله فى حقه تعالى فتعمل توبته فى اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التى يكفر بها تعرف فى الفتاوى واذا تهود نصرانى أو عكسه لا نأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد فى وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو أعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ والفرق فى المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد وله معتق فماله لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل فى القتل الا أربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة أهل العلم الا عند الشافعى فى وجه فى العبد الى سيده ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم ان لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعى وأحمد يقام مطلقا والمبنى ظاهر وقدمنا انه لا تقبل توبة الساحر والزنديق فى ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين وأما من يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه فى عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله فى الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من أمن اليه والحق أن الذى يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطنا كفره الذى هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى أن ظفرنا به وهو عربى والا فلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينكر فى الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال أصحابنا للسحر

في النهاية فيه نظر لانه أسقط عقوبة القتل عن الصبى المرتد مرحمة لصباه والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه فى النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه فى الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشى ومشار اليه فى المبسوط ثم قال وأولى ما يعلل به فى عدم قتل الصبى المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله فى صحة اسلامه فى الصغر والله تعالى أعلم

ناظر الموحد أفهم واذا ناظر الملحد أفحم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه كما فى البالغ ثم بعد وجود الشئ حقيقة اما أن يسقط اعتباره بحجر شرعى والحجر عن الاسلام باطل ولا يحكم بصحته لضرر يلحقه وذا باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة فى الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصلى الموضوع له ثم قد ينبنى عليه حرمان الارث والفرقة فلا يبالى بذلك لان المنظور اليه فى التصرفات الموضوعات الاصلية ألا ترى أن ذا يثبت اذا جعل مسلما تبعا لغيره والتبعية فيما يتمحض نفعا الا فيما

حقيقة وتأثير في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أولا ويقتل وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن حدثنا ابن قانع حدثنا بشر بن موسى حدثنا ابن الاصفهاني حدثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته وأما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدث ويتخرص وقيل هو الذي له من الجن من يأتيه بالاخبار قال أصحابنا ان اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد أنه تخييل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند أحمد حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

(باب البغاة)

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا أي طلبته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا

يشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفي كونه وليا بل يثبت الامران لينتفع بهما وهذا لانه لما كان قاصر الاهلية صلح موليا عليه ولما كان صاحب أصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه لم نجعله وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبعا لابويه واذا كان مسلما تبعا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة أنها مضرة محضة قلنا نعم الردة ضرر لكنه أهل للتصرف الضار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه ألا ترى أن الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضرر الامكان تلافيه باقامة البينة على حريته فان قيل لو صح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لاستحالة القول بكونه متنفلا في الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنفل وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتباره في التبع ولانه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الفرقة اذا لم يحسن أن يصف كما بعد البلوغ قلنا نعم لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرج عنه اذا امتنع وهذا يدل على أنه يحكم بصحته اذا أدى باعتبار أن عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كالمسافر لا يخاطب باداء الجمعة واذا أدى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا أدرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر عليه المنفعة مع أنه يحكم باسلامه لوجود حقيقته من غير أن يتعرض بصفة وانما لا تبين زوجته منه اذا لم يحسن أن يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة ولتوفير معنى المنفعة عليه أما قوله انه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا قلنا انما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضادة فأما اذا تايد أحدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصودة وتبعا لزوجها أيضا والله تعالى أعلم بالصواب *(باب البغاة)*

(باب البغاة)
أخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع باغ كالقضاة جمع قاض

(باب البغاة)
(قوله أخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز ان يقال يجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع في البغي دون الارتداد وأيضا المرتد كافر وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغي فانه مسلم فليتدبر

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم)

تبغي ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج عن طاعة امام الحق والخارجون عن طاعته أربعة أصناف أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك الا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض أهل الحديث الى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن أبي امامة أنه رأى رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة هذا شئ تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى أكثر أهل السنة والنقل الاول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به عليا رضي الله عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضي الله عنه خل عنه فقلت أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك قال أفأقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا نقتلهم وأنهم ليسوا كفارا الا يشتم علي ولا يقتله قيل الا اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه الى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل والا لزم تكفيرهم لان الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفئ ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا أخذ علي في الخطبة ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعزر بالتعريض بالشتم لان نسبته الى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة (قوله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام) الناس به في أمان والطرقات آمنة (دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التي أوجبت

(واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وذلك بطريق الاستحباب فان أهل العدل لو قاتلوا من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شئ لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة

(قوله وذلك بطريق الاستحباب) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله دعاهم الى العود

لان عليا فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم

خروجهم (لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حرورا) قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لانهم كمن بلغتهم الدعوة لاتجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضى الله عنها لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائى فى سننه الكبرى فى خصائص على الى ابن عباس رضى الله عنهم قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا فى دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلى يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلى أكلم هؤلاء القوم قال انى أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابى ومضيت اليهم حتى دخلت عليهم فى دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم المهاجرين والانصار ومن عند ابن عم النبى صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد جئت لابلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لى نفر منهم قلت هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هى قالوا احداهن أنه حكم الرجال فى دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم وان كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فانه محا نفسه من أمير المؤمنين فان لم يكن أمير المؤمنين فانه يكون أمير الكافرين قلت هل عندكم شئ غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم انه حكم الرجال فى دين الله فانا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه الى الرجال فى أرنب ثمنها ربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال فى المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال فى حقن دمائهم وأنفسهم واصلاح ذات بينهم أحق أم فى أرنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل فى حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قلت أخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهى أمكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم فانتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج أخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه محا نفسه من أمير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله انى لرسول الله وان كذبتمونى يا على اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من على وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة أخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقى سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم على فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى أن قال بعث على اليهم عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفى قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على على الى

(قوله باهل حروراء) وهى قرية بالكوفة تمد وتقصر وسبب خروجهم أنهم قالوا القتال واجب بالنص وعلى رضى الله عنه ترك القتال بالتحكيم فارسل على عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ليكشف شبهتهم فلما ذكروا قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض الحمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم

(لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حروراء) بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم على أبا موسى الاشعرى رضى الله عنهما بينه وبين معاوية قائلين ان القتال واجب لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك أنه رضى الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض وأصر البعض وكلامه واضح

(قوله وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم) أقول هذه الآية فى سورة المائدة ثم أقول ظاهر هذا الكلام لا يدفع شبهتهم على ما قررها فانه يدل على جواز التحكيم فى الجملة لا على جواز ترك المأمور به بالتحكيم فليتأمل وستعرف بعد أسطر أن الامر فى قوله تعالى فقاتلوا للوجوب

ولانه أهون الامرين واغلـل الشر يندفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري فى مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهـم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسـلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهـذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليـل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتاهبون للقتال ينبغى ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحـدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام أما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

وقوله (والمـروى عن أبي حنيفة رحمـه الله من لزوم البيت) يريد به ماروى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة و يقعد فى بيته لقوله عليه الصلاة والسلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار (محمول على حال عدم الامام) أما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنـين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهـم نصر الامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى فان الامر للوجوب

آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكره القدوري (وهو عين ماقدمناه من قول على رضى الله عنه وان نقاتلكم حتى تقاتلونا (وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم) أى البغاة (مسلمون) لقوله تعـالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى أمر الله ونحن أدرنا الحكم وهو حـل القتال على دليل قتالهم (و) ذلك (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع) لانه لو انتظر حقيقـة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع اليها أهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما أباح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الامام الا ان أبدوا ما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التى للامام أخذها والحاق الضرر بهم الدفع ضرر أعم منه ويجوز قتالهـم بكل ما يقاتل به أهـل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضى الامام أبي ثابت قاضى سمرقند واسم خواهر زاده محمـد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسـين البخاري وهو معاصر لشمس الائمـة السرخسي وموافق له فى اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل وتوفى كل منهما فى العـام الذى توفى فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة وفخر الاسلام أيضا معاصر لهما وتوفى فى سنة احدى وثمانين وأربعمائة (فاذا بلغه أنهم يشترون السلاح و يتأهبون للقتال ينبغى أن يأخذهـم و يحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك و يحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله الفتنة اذا وقعت بين المسلمـين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة و يقعد فى بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة كن حلسا من أحلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد رفمحمول على ما اذا لم يكن لهم امام) وما روى عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا فى الفتنـة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء وربما كان بعضهم فى تردد من حل القتال كما روى عن بعضهم أنه اتى عليا رضى الله عنـه يطلب عطاء من بيت المال فمنعه على رضى الله عنه وقال له أين كنت يوم صفين فقال اعطنى سيفا أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى أمر الله وما روى اذا التقى المسلمان بسـيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار فمحمول عـلى اقتتالهما حمية وعصـبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين أولأجل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل

به ذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض وأصر قوم على ذلك (قوله أهون الامرين) الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف شبهتهم والقتال (قوله المعروف بخواهر زاده رحمه الله) وهو خواهر زاده للقاضى الامام أبي ثابت رحمه الله (قوله والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) قال أبي حنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة بين المؤمنين ينبغى أن يعزل الفتنة ويحترز عنها و يلزم البيت

(فان كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) دفعا لشرهم كى لا يلحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشر دونه وقال الشافعى لا يجوز ذلك فى الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ماذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب وقوله فى الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولا باس بأن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعى لا يجوز والكراع على هذا

قال رأيت كأن قبابا فى رياض فقلت لمن هذه فقالوا الذى الكلاع وأصحابه ورأيت قبابا فى رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر وأصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فان كان لهم فئة أجهز على جريحهم) أى يسرع فى اماتته (واتبع موليهم) على البناء للمفعول فيهما للقتل والاسر (دفعا لشرهم كى لا يلحقا) أى الجريح والمولى (بهم) أى بالفئة على معنى القوم، وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدون ذلك) وهو المطلوب (وقال الشافعى) وأحمد أيضا (لا يجوز ذلك) أى الاجهاز والاتباع (فى الحالين) حالتى الفئة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجراحة المعجزة عنه (لم يبق قتالهم دفعا) ولا يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن أبى شيبة عن عبد خير عن على رضى الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضا ولا يقتل اسير (وجوابه ماذكرنا أن المعتبر) فى جواز القتل (دليل قتالهم لا حقيقته) ولأن قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم (قوله ولا تسبى لهم ذرية) اذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقول على) رضى الله عنه فيما روى ابن أبى شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعنى بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان على رضى الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيأ فليأخذه وفى تاريخ واسط باسناده عن على أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيرا واياكم والنساء وان شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم ولقد رأيتنا فى الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفى حديث مرفوع رواه الحاكم فى المستدرك والبزار فى مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدرى يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها وأعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبى على الحاكم قال محمد وبلغنا أن عليا رضى الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان فى الرحبة فمن عرف شيأ أخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فأخذه (وقول على رضى الله عنه فى الاسير تأويله اذا لم تكن له فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير) وان كان عبدا يقاتل (وان شاء حبسه) والعبد الذى لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس (لما ذكرنا) من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين فى كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفى واذا أخذت المرأة من أهل البغى وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا فى حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة (قوله ولا باس أن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج أهل العدل اليه) وكذا الكراع يقاتلون عليه (وقال الشافعى لا يجوز)

ولا يخرج الى الفتنة وتأويله اذا لم يكن له امام يدعو الى القتال أما اذا كان له امام وله غناء لا يسعه التقاعد وفى الحديث اذا هاجت الفتنة كن جليس بيتك (قوله ماذكرناه) أراد به قوله ولنا أن الحكم يدار على الدليل (قوله يوم الجمل وقعة عائشة رضى الله عنها مع على رضى الله عنه بالبصرة) سميت بذلك لانها كانت على جمل اسمه عسكر (قوله وان شاء حبسه لما ذكرنا) يريد قوله ولا يقتل أسير

وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح اذا أسرعت قتله وتممت عليه (قوله ولا يقتل أسير) هو مقول على رضى الله عنه (ولا يكشف ستر) أى لا تسبى نساؤهم الا ترى أن اصحاب على رضى الله عنه سالوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن تكن عائشة رضى الله عنها والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للائتساء يقال فلان قدوة أى يقتدى به (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا للشر (قوله ولانهم مسلمون) معطوف على قوله لقول على رضى الله عنه

الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا أن عليا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام أن يفعل ذلك فى مال العادل عند الحاجة ففى مال الباغى أولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا) لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم (فان كانوا صرفوه فى حقه أجزأ من أخذ منه) لوصول الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه فى حقه فعلى أهله فيما بينهم و بين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا الاعادة عليهم فى الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا أغنياء وفى العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه فى الزكاة وفى المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغى ثم ظهر عليهم فليس عليهم شئ) لانه لا ولاية لامام

استعمالها فى القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله (لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا أن عليا الخ) يريد ما روى ابن أبى شيبة فى آخر مصنفه فى باب وقعة الجمل باسناده الى ابن الحنفية ان عليا رضى الله عنه قسم يوم الجمل فى العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك) ولولا أن فيه اجماعا لامكن التمسك ببعض الظواهر فى تملكه فان ابن أبى شيبة أسند عن أبى البخترى لما انهزم أهل الجمل قال على رضى الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم وليس لكم أم ولد وأى امرأة قتل زوجها فلتعتد أربعة أشهر وعشرا فقالوا يا أمير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم فخصموه فقال هاتوا نساءكم وأقرعوا على عائشة فهى رأس الامر وقائدهم قال فخصمهم على رضى الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف (ولان للامام أن يفعل ذلك فى مال العادل) اى يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه (ففى مال الباغى أولى والمعنى) المجوز (فيه انه دفع الضرر الاعلى) وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين (بالضرر الادنى) وهو اضرار بعضهم (ويحبس الامام اموالهم) لدفع شرهم واضعافهم بذلك (ولا يردها لهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع أولى (لان حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذه الامام ثانيا) اذا ظهر على البغاة (لان ولاية الاخذ) انما كانت (له لحمايته اياهم ولم يحمهم) وما قيل ان عليا رضى الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشئ مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر اذا أتاه ساعى الحرورى دفع اليه زكاته وكذا سلمة بن الاكوع ثم (ان كانوا صرفوه الى حقه) أى الى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا اعادة عليه (لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه فى حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الاداء فيما بينهم و بين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أى المشايخ (لا اعادة على الارباب فى الخراج لانهم) أى البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وان كانوا أغنياء وفى العشر ان كانوا فقراء فكذلك) وان كانوا أغنياء أفتوا بالاعادة وكذا فى زكاة الاموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم فى كتاب الزكاة فارجع اليه (قوله ومن قتل رجلا الى آخره) يعنى اذا كان رجلان من أهل البغى قتل أحدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل اذا قتله لا يجب عليه شئ

(قوله ولان للامام أن يفعل ذلك فى مال العادل) وأصل هذا حديث صفوان فانه عليه السلام أخذ منه دروعا حالة الحاربة بغير رضاه فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مؤداة (قوله وأما عدم القسمة فلما بيناه) أنهم

وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) اشارة الى قول على ولا يؤخذ مال وقوله لانهم مسلمون

قال المصنف (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول قوله ولا يقسمها تكرار محض مع انه يوهم ذكره ههنا من أول الامر أن يكون حتى يتوبوا غاية له وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها

العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله أن العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري

فلما كان مباح القتل لم يجب به شئ ولأن القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلا يجب شئ وصار (كالقتل في دار الحرب) وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه (قوله وان غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم امام العدل عن أهل المصر أي أخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام فوجب القود أما لو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه) بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وان قتل الباغي) العادل (وقال كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي) العادل (في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله) أي أصل هذا الخلاف الخلاف في (أن العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم) وهذا بالاتفاق (والباغي اذا قتل العادل) بعد قيام منعتهم وشوكتهم (لا يجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال احمد والشافعي في قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال (وقال الشافعي في القديم يضمن) وبه قال مالك لانها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا ولنا أنه) اتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على أهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فلو تجرد المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا أو قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه (اجماع الصحابة رواه الزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه انبانا معمر اخبرني الزهري

مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (قوله كالقتل في دار الحرب) وهو أنه اذا قتل مسلما في دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شئ فكذلك ههنا والجامع انقطاع ولاية الامام في حالة الجناية (قوله رواه الزهري رحمه الله) قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله عليه السلام كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع لان التأويل الفاسد تنزل منزلة الصحيح في حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل أهل الحرب فانهم لا يضمنون ما أتلفوا علينا لهذا المعنى وذلك لان أهل البغي يستحلون الدماء بتاويل أن ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصح الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالالتزام أو بالالزام ولا التزام لانه باعتقاد حرمة الاتلاف وهم يعتقدون حله حيث يقولون عصى الله ولم يعمل بموجب

قوله (وأزعجوا) يعني أقلع أهل البغي من المصر (قبل ذلك) أي قبل اجراء أحكامهم على أهله وقوله (في الوجهين) أي في الوجه الذي قال انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل وقوله (رواه الزهري) قال الزهري وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع

ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع كما فى منعة أهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا يدفعها من الالزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة فى حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغى قتل بحق فلا يمنع الارث ولابى يوسف رحمه الله فى قتل الباغى العادل أن التأويل الفاسد انما يعتبر فى حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا فى حق الارث ولهما فيه أن الحاجة الى دفع الحرمان أيضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا أن من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عساكرهم) لانه اعانة على المعصية (وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة باس) لان الغلبة فى الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

أن سليمان بن هشام كتب اليه يساله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم انها رجعت الى أهلها تائبة قال فكتب اليه أما بعد فان الفتنة الاولى ثارت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا فى فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاصا فى دم استحلوه بتاويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتاويل القرآن الا أن يوجد شئ بعينه فيرد على صاحبه وانى أرى ان ترد الى زوجها وأن يحد من افترى عليها قال المصنف (ولانه أتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة فى حق الدفع) أى نفى الضمان وصار (كما فى منعة أهل الحرب وتاويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو الحاق الفاسد من الاجتهاد الذى لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستند الى الاجماع المنقول من الصحابة والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به مادام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقوله الشافعى لكن لما كان الاجماع المنقول فى صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف الحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان فى دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف لمال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التى هى سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد احقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث (قوله ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة باس لان الغلبة فى الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح) لانه يقاتل بعينه (لا ما لا يقاتل به الا بصنعة) تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها (ولا يكره بيع الخشب) المتخذة هى منه (وعلى هذا بيع الخمر) لا يصح ويصح بيع العنب والفرق فى ذلك كله ما ذكرنا

الكتاب (قوله الا أن من شرطه) أى من شرط الارث أن يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل انتفى الدافع وهو التأويل الفاسد فيجب الضمان فيحرم عن الميراث (قوله لانه اعانة على المعصية وهى حرام) لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان (قوله من أهل الكوفة) والحكم فى غير الكوفة أيضا كذلك الا أن تقييد الكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا (قوله ما لا يقاتل به الا بصنعة) كالحديد (قوله وعلى هذا الخمر مع العنب) يعنى لا يكره بيع العنب ممن يجعله خمرا اذ العنب ليس بآلة المعصية وانما يصير بعد صيرورته خمرا أما السلاح فانه آلة

وقيل

قوله (ولا التزام لاعتقاد الاباحة) يعنى أن الباغى اعتقد اباحة أموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله (ولهما فيه) أى لابى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فى قتل الباغى العادل وقوله (فيعتبر الفاسد) أى يعتبر التاويل الفاسد فى دفع الحرمان وقوله (لم يوجد الدافع) أى التأويل الدافع للضمان وقوله (وليس ببيعه بالكوفة) تقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا والا فالحكم فى غيرها كذلك وقوله (الا بالصنعة) به يريد الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه (لا ترى أنه يكره بيع المعازف) قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) لانه انما يصير معزفا بفعل غيره قوله (وعلى هذا بيع الخمر مع العنب) أى لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابى حنيفة رضى الله عنه بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتى فى باب الكراهة ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره فى الفوائد الظهيرية
(فروع) اذا طلب أهل البغى الموادعة أجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون
الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شئ لانهم مسلمون ومثله فى
المرتدين الا انهم اذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب أهل البغى تقدم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا
وفى المبسوط روى عن محمد قال أفتيهم بان يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والاموال ولا ألزمهم بذلك فى الحكم
قال شمس الائمة وهذا صحيح لانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطؤهم الا أن ولاية الالزام كانت
منقطعة للمنعة فيفتوا به ولو استعان أهل البغى باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن
هذا الفعل من أهل البغى ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا
ملتزمين حكم الاسلام فى المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى
كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر أهل البغى وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل
قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك أهل البغى أو يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة أو باعطائنا الامان
لهم حين أخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا الى فئتهم وكذا
اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا فان أبوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية
لانهم حصلوا فى أيدينا آمنين وحكى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع
العلماء يستشيرهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت فقال له ما تقول قال ليس لك
ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر
أخرى فاغلظ عليه القول وأمر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشئ الا أتيتنى بما أكره ثم جمعهم من الغد
وقال قد تبين لى أن الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا قال أبو حنيفة توضع
عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام فى دارنا على التأبيد والكافر اذا رضى بذلك
توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه واذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغى جاز أمانه
لانه ليس أعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتأتى ذلك
ما لم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا باس عليك ولا يجوز أمان الذمى اذا كان يقاتل مع أهل البغى ولو
ظهر أهل البغى على بلد فولوا فيه قاضيا من أهله ليس من أهل البغى صح وعليه أن يقيم الحدود والحكم بين
الناس بالعدل فان كتب هذا القاضى كتابا الى قاضى أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد
عنده ان كان القاضى يعرفهم وليسوا من أهل البغى أجازه وان كانوا من أهل البغى أو لا يعرفهم لا يعمل به
لان الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ولا يقبل قاضى أهل العدل كتاب قاضى أهل البغى لانهم فسقة ويكره
أخذ رؤسهم فيطاف بها فى الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتأخرين اذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل
أو كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل أبيه أو أخيه من أهل البغى بخلاف أخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع
فى الباغى حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفى الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من أهل العدل
فى صف أهل البغى فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان فى صف أهل الحرب لانه أهدر دمه
حين وقف فى صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا فى دارنا وهذا البقاء شبهة
الاباحة فى دمه واذا حمل العادل على الباغى فقال تبت وألقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عنى حتى أنظر
لعلى أتوب وألقى السلاح وما لم يلق السلاح فى صورة من الصور كان له قتله ومتى ألقاه كف عنه بخلاف الحربى
لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب أهل البغى على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البغى فارادوا أن
يسبوا ذرارى أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا
وادع أهل البغى قوما من أهل الحرب لا يحل لاهل العدل غزوهم لانهم مسلمون وأمان المسلم اذا كان فى منعة

الفتنة فى الحال فيكره بيعه ممن يعرف بالفتنة والله تعالى أعلم بالصواب

(كتاب اللقيط)

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما أنه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروي عن عمر وعلي

نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبو الا يحل لاحد من أهل العدل أن يشتري منهم ولو ظهر أهل البغي على أهل العدل فالجؤهم الى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا البغاة مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا باهل الشرك على أهل البغي اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا باس بان يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ماشاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته الى قاضي أهل لعدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لرأي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تامينهم على ماقدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء مادخلوا الا ليقاتلوا المسلمين

(كتاب اللقيط)

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط أي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار مآله اليه لانه آيل الى أن يلتقط في العادة كما قتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه (والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذا لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعي و باقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي فرض (قوله اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا) أي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف أمه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية (لان الاصل في بني آدم الحرية) لانهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونفقته في بيت المال) أي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف وأصله ما روى مالك في الموطأ عن سنين أبي جميلة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب قال فجئت به الى عمر فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال

(كتاب اللقيط)

هو في اللغة ما يلقط أي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض أن يلقط وهو من باب وصف الشئ بالصفة المشارفة مثل من قتل قتيلا فله سلبه وفي الشريعة اسم لمولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لما في احرازه من احياء النفس فانه على شرف الهلاك واحياء الحي بدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيى الناس جميعا ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من أفضل الاعمال فلهذا ندب التقاط اللقيط ووجب ان غلب على ظنه ضياعه (قوله ولان الحكم للغالب) أي يكون حرا باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن

(كتاب اللقيط)

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشئ منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقد قال تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشئ باسم مايؤل اليه لما انه يلتقط وهو حر أي في جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف أمه لا يحد كذا في شرح الطحاوي وقوله (لان الاصل في بني آدم الحرية) لانهم من آدم وحواء وهما حران والرق انما هو لعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الاسلام الحرية وقوله (هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما) روي عن علي رضي الله عنه أنه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رضي الله عنه مثله

(كتاب اللقيط)

(قوله واللقيط اسم لشئ منبوذ الخ) أقول لا من حيث انه منبوذ بل من حيث انه يلتقط

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا أن يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال (فان التقطه رجل لم يكن لغيره أن ياخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول

وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي يرويه عن مالك ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتاه به فاتهمه عمر رضي الله عنه فاثنى عليه خيرا فقال عمر رضي الله عنه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر دل عليها ما في رواية محمد عنه في حديث أبي جميلة أنه قال له عسى الغوير أبؤسا وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغي أن ياتي به الى الامام أولا ليس بلازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جميلة يحتاج أن ياتي به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا أن يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضي الله عنه عسى الغوير أبؤسا والوجه أنه لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه ألا ترى أن عمر لما قال عريفه انه رجل صالح أنفق عليه فان هذه البينة ليست على أوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ليترجح صدقه في اخباره بالالتقاط ولذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد ابن عبد الله ابن أخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا أتي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا ياخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطا فاتى به الى علي رضي الله عنه فالحقه على مائة (ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة) أغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال (كالمقعد الذي لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أي لبيت المال غنمه أي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه (ولهذا كانت جنايته في بيت المال) وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصري أن رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رضي الله عنه فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذي وليت منه أحب الي من كذا وكذا فرض على ذلك ولم ياخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام أن ياخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب (الا أن يامره القاضي به ليكون دينا عليه) يعني بهذا القيد بان يقول أنفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا أن يامره الى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون دينا عليه لا يرجع بما أنفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان أمر القاضي كامر اللقيط بنفسه اذا كان كبيرا (لعموم ولاية القاضي) فاذا أنفق بالامر الذي يصيره دينا عليه فبلغ فادعى انه أنفق عليه كذا فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة (قوله فان ادعى مدع أنه ابنه فالقول

يسكن في دار الاسلام الاحرار (قوله والخراج بالضمان) الخراج ما يخرج من غلة الارض أو الغلام ومنه الخراج بالضمان أي الغلة بسبب ان ضمنه والمراد هنا أن ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمن بيت المال مؤنته (قوله ولهذا) أي ولان بيت المال ضمن مؤنته كانت جنايته في بيت المال فتكون نفقته فيه (قوله الا أن يامره القاضي به ليكون دينا عليه) لعموم الولاية فحينئذ يرجع لان للقاضي ولاية عامة فصار أمر القاضي

وقوله (والخراج بالضمان) أي له غنمه وعليه غرمه كغلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله (فيه) أي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله (الا أن يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية) في قوله ليكون دينا عليه اشارة الى أنه انما يصير دينا اذا قال ذلك ومن أصحابنا من قال مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك دينا عليه لان أمر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه أن لو كان من أهله ولو كان من أهله وأمر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا أمره القاضي والاصح أن لا يرجع مالم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط أن يكون دينا عليه

(قوله لان أمر القاضي الى قوله كان ما ينفق عليه دينا) أقول يعني ان أمر القاضي نافذ على اللقيط كامر اللقيط بنفسه ان لو كان اللقيط من أهل الامر ولو كان من أهل الامر الخ

وقوله (معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه) يعنى اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لانهما استويا فى الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وقوله (ثم قيل يصح فى حقه) أى (٣٤٤) فى حق النسب وقيل يبتنى عليه بطلان يد لان من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره وقوله (ولو ادعاه الملتقط) أى ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابنى بعد ماقال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازع له فى ذلك (والاصح أنه على القياس والاستحسان) أى على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعنى فى القياس لا يصح وفى الاستحسان يصح كما فى دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس فى دعوى غير الملتقط و وجه القياس فى دعوى غير الملتقط هو تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه ووجه القياس فى دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بانه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا فى يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفى الاستحسان تصح دعواه لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته و يجب عليه أن يحفظه فهو فى هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه و بالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله (انه متناقض) قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يتبين بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا أكذب نفسه أقوى

(وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به) أى يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط الى الذى وصف علامة فى جسده وأصاب فى وصفه لان الواصف أولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان و وصف أحدهما وأصاب

قوله) معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبى بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح فى حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف فى الاصل (وان ادعاه اثنان و وصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما فى السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه فى زمان لا منازع له فيه الا اذا أقام الآخر البينة لان البينة

قوله) و يثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف (معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه) يعنى سابقا على دعوى المدعى أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وان ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما فى الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمى و يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس أن لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان أنه اقرار للصبى بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب) و يتأذى بانقطاعه اذ يعير به و يحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا فى ذلك غير ممتن به و يد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق مال وهذا مع زيادة ماذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب ايصال هذا النفع اليه لان الاب أحق بكونه فى يده من الاجنبى وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعى ويكون فى يد الملتقط للجمع بين منفعتى الولد والملتقط وليس بشئ وأما ثبوت النسب فى دعوى ذى اليد (فقيل يصح قياسا واستحسانا) أى ليس فيه قياس مخالف والصحيح أنهما أيضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره فى دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعواه وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيهما قدمناه والتناقض لا يضر فى دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما فى الاصل الذى أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجان معا (و وصف أحدهما علامة فى جسده) فطابق (فهو أولى به) من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذى العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمى فيقدم المسلم ولو أقاما البينة وأحدهما ذمى كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق)

كامره بنفسه لو كان من أهل الامر هذا اذا أمره بالانفاق ليرجع عليه بان يقول أنفق عليه على أن يكون ذلك دينا عليه فان أمره بالانفاق عليه فقط قيل يرجع لما بينا والاصح أن لا يرجع لان مطلقه يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالشك (قوله والاصح أنه على القياس والاستحسان) الا أن هذا قياس آخر سوى الاول و وجه القياس أنه مناقض فى كلامه لانه زعم أنه لقيط فى يده وابنه لا يكون لقيطا فى يده و وجه الاستحسان أنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية التناقض لا يمنع دعوى النسب كما اذا أكذب الملاعن نفسه وهذا لان سببه خفى فربما يشتبه عليه الامر فى الابتداء فيظن أنه لقيط ثم يظهر له أنه ولده وان ادعاه اثنان و وصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به اذ العلامة أصل فى الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الآية وكذا لو سبقت دعوة أحدهما الا اذا أقام الآخر البينة لترجح دعواه بالبينة (قوله فى السبب) وهو الدعوة (قوله

أقوى (واذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه

وهو الدعوى وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كان دعوة أحدهما سابقة على الاخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام أحدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي يرجع الى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا يقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة على ذلك (قوله واذا وجد) اللقيط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم) فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصر الكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أولا ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أو لا (فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما) استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل ووجه الاستحسان (ان دعواه تضمنت) شيئين (النسب وهو نفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر به) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان أسلمت أمه (فصحت دعوته فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا أقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زي أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك أن يكون في رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوز انتهى ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة) في دار الاسلام (كان ذميا) هكذا قال القدوري قال المصنف (هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان) أي في قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواجد (ذميا) لكن وجده (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط العبرة بالمكان)

واذا وجد في مصر من أمصار المسلمين الى قوله وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابنا للكافر بدعوته لكان تبعا له في الدين فكان حكما بابطال اسلامه (قوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره) وليس من ضرورة رد قوله في أحد الحكمين رده في الآخر لان النسب ينفك عن

ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم أجيب بان الفرق بينهما هو أن الاصابة بوصف أمر محتمل يحتمل أنه أصاب لانه له ويحتمل أنه أصاب لانه رأى في يد غيره والمحتمل لا يصلح بيانا لاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فيعتبر الوصف ليترجح سبب الاستحقاق وأما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا قوله (وان وجد في مصر من أمصار المسلمين) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد ان العبرة للواجد بالفصلين جميعا كذا في المبسوط

وقوله (فى بعض النسخ) أى فى بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر فان قيل ان البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولى فلا يكون خصما عنه أجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه

وفى كتاب الدعوى فى بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد ألا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفى بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهرا الا أن يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر فى دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمى) ترجيحا لما هو الانظر فى حقه

فى الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما فى نحو الكنيسة أو ذميا فى غيرها من دار الاسلام وعليه مشى القدورى هنا لان المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفى كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (فى بعض النسخ اعتبر الواجد) فى الفصلين (وهو رواية ابن سماعة) فى الفصلين لان اليد أقوى من المكان (ألا ترى) ان الصبى المسبى مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات (وفى بعض نسخه) أى نسخ كتاب الدعوى من المبسوط (اعتبر الاسلام) أى ما يصير الولد به مسلما (نظرا للصغير) ولا ينبغى ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر فى دار الاسلام أو مسلم فى كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم فى قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر فى نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهما مسلم فى نحو كنيسة أو كافر فى نحو قرية للمسلمين وفى كفاية البيهقى قيل يعتبر بالسيما والزى لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم يعرف المجرمون بسيماهم وفى المبسوط كما لو اختلط الكفار يعنى موتانا بموتاهم الفصل بالزى والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله (قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لان الاصل الحرية لما قدمنا (الا أن يقيم بينة) لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلناها هنا كى لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد وفى دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التى أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة (قوله فان ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة) فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع أمه فى الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا فى دعوى الذمى فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) اذا لم تضف ولادته الى امرأة أمة فان أضاف الى امرأته الامة ففيه خلاف بين أبى يوسف ومحمد ذكر فى الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعند أبى يوسف عبد فمحمد يقول فى دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق وأحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع فى ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمى فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمى انه من زوجتى الذمية لا يصدق (قوله والحر فى دعوته اللقيط أولى من العبد) يعنى اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا

الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم (قوله وفى بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير) أى أيهما كان موجبا لاسلامه يعتبر ذلك لان الاسلام يعلو ولا يعلى كالمولود بين كافر ومسلم وفى رواية يعتبر زيه وعلامته كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزى والعلامة للفصل (قوله الا أن يقيم البينة أنه عبده) فان قيل كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولى له فلا يكون

وبزانه أحم عم عق بحفظه فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبى لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثانى لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثانى انه حر لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر فى بنى آدم الحرية فلا تبطل بالشك قال (والحر فى دعوته اللقيط أولى من العبد) اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمى وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمى وكذلك اذا أقاما البينة وليست احداهما أكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمى مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة فى حق الآخر وليست

قال المصنف (لقوة اليد الا ترى الخ) أقول فيه بحث فان التبعية فى الابوين للجزئية لا لليد بمجردها قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لان بينه و بين الابوين جزئية ولا جزئية بينه و بين المكان (قوله لانه يمنعه عنه) أقول أى يمنعه عن المدعى (قوله لان الاول لا يستلزمه) أقول اذا لم يستلزمه فكيف تضمنه (وان

(وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له) اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لانه للقيط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشراء مالا بد له منه) كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال (ويسلمه في

ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لانه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم باسلامه ولا كذلك في دعوى رقه الا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما كان الذمي اذا ادعاه ابناله وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للمأذون يدا على نفسه حتى صح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا الا أن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له) بلا خلاف (اعتبارا للظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبارا للظاهر (ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع) أي لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضي ولاية صرف مثله اليه) وكذا لغير الواجد بامره والقول قوله في نفقة مثله (وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي) أيضا (لانه للقيط) كما حكمنا به (وللواجد الانفاق عليه وشراء مالا بد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق) وشراء مالا بد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق أي للواجد ولاية الانفاق وله شراء مالا بد للقيط منه وبهذا قال أحمد (ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط) واللقيطة (لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة والملك والسلطنة) وهذا بلا خلاف (ولا تصرفه في ماله ببيع ولا شراء شيء ليستحق الثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضرورات ذلك (اعتبارا بالام) فانها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أي عدم تصرف كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه (لان ولاية التصرف انما هو لتثمير المال وذلك) انما (يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما) لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض) أي الملتقط (للقيط الهبة) والصدقة عليه (لانه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال) القدوري (ويسلمه في

خصما عنه فيما يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه عنه عنه ويزعم أنه أحق بحفظه لانه لقيط ولا يتوصل المدعي الى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما عنه (قوله فهو له اعتبارا للظاهر) فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق وليس له ذلك قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر أن تكون الاملاك في يد الملاك وكذا الظاهر يدل على أن من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه وكذا اذا كان مشدودا أي اذا كان المال مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا وهو قوله اعتبارا للظاهر وكذا تكون الدابة له (قوله ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية) فان قيل قد أحياه بالالتقاط والتربية فوجب أن تثبت له الولاية كالمعتق يثبت له الولاء

احداهما أكثر اثباتا فكان المسلم أولى وأما اذا كانت بينة الذمي أكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضى للذمي بالصبي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي أكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع أحكامه وأما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو أولى من المسلم الخارج (واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهو له) وكذا الدابة (اعتبارا للظاهر) لان اللقيط لما كان في دار الاسلام كان حرا من أهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه كالقميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك أجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير (قوله ثم يصرفه الواجد اليه) ظاهر وقوله (والموجود في كل واحد منهما) أي من الملتقط والام (أحدهما)

صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (و يؤاجره) قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

(كتاب اللقطة)

صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الشتات وصيانته عن الفساد ثم (قال) القدوري (و يؤاجره) لانه من التثقيف يعني التقويم (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية) قال المصنف (وهو الاصح) لانه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملك تمليكها (فاشبه العم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه) بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى *(فروع)* ادعاه الملتقط عبداله بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بهم الان نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلمه أحكام الاسلام بخلاف الكافر واذا بلغ اللقيط فاقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فاقرت بالرق بعد ما كبرت ان كان بعد التزوج صح وكانت أمة للمقر له ولا تصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا أو بايع انسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شئ من ذلك لانه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلو أنه والى رجلا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره فان كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جناية وعقله بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لان ولاءه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالي من شاء وصار كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالي من شاء الا أن يجني فيعقله بيت المال

(كتاب اللقطة)

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة للذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تبادر

بالاعتاق الذي هو احياء حكما قلنا الرقيق في صفة المالية هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقيط كان حيا حقيقة ومن أهل الملك حكما فالملتقط لا يكون محييا له لا حقيقة ولا حكما (قوله بخلاف الام لانها تملكه) أي تملك الام اتلاف منافعه بلا عوض بالاستخدام فبعوض الاجارة أولى وانما صح تسليمه في حرفة لانه نافع له مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشتغل بالفساد والله تعالى أعلم

(كتاب اللقطة)

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بها لانها تلتقط غالبا أي تؤخذ وترفع وذكر في المبسوط اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتقشفة يقولون لا يحل له أن يرفعها لانه أخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا فكما لا يحل له تناول مال الغير بغير اذنه لا يحل له اثبات اليد عليه بغير اذنه و بعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء رحمهم الله أن رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لا تأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها واذا أخذها وعرفها حتى يوصلها

لان الملتقط رأيا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأي لها (قوله لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (قوله بخلاف الام لانها تملكه) أي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته والله أعلم

(كتاب اللقطة)

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني آدم

قال المصنف (ويؤجره) أقول بالنصب عطف على قوله ان يقبض

(كتاب اللقطة)

(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما) أقول فيه أنه اذا عكس يوجد التمييز أيضا فلا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب والاولى ما في غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كانه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه وميلان الطباع اليه فسمي لقطة على الاسناد المجازي وفي المنبوذ من بني آدم اباء في القلوب عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطا أي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليما والمهلكة مفازة انتهى

على اللقطة وهى الشئ الذى يجده ملقى فياخذه أمانة (اذا أشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء رحمهم الله (قوله بل هو الافضل عند عامة العلماء) احتراز عن قول من يقول انه أخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لان صاحبها انما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها فى ذلك الموضع (قوله وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون أخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجبا

قال (اللقطة أمانة اذا أشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه أخذها للمالك لان تصادقهما حجة فى حقهما فصار كالبينة ولو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له

الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار أنه داع الى أخذه بمعنى فيه نفسه كانه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعى وابن الاعرابى انه بفتح القاف اسم للمال أيضا فمحمول على هذا يعنى يطلق على المال أيضا ثم اختلف فى صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد يحل والترك أفضل أما الحل فلانه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل امر بتعريفها على ما سنذكر وأسند اسحق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل واما افضلية الترك فلان صاحبها يطلبها فى المكان الذى فقدها فيه ولو لم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لانه لا بد عادة أن يمر فى ذلك المكان مرة أخرى فى عمره ولان الظاهر أن سقوطها فى أثناء الطرقات التى يمر بها أو يجلس فى عادة أمره وعامة الفقهاء على انه اليه وقيده الطحاوى وغيره بما اذا كان يامن على نفسه فان كان لا يامن يتركها ولانه يجوز أن تصل يد خائنة اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم ياخذها ففى الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففى ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره (قوله واللقطة أمانة اذا أشهد الملتقط أنه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو أفضل) وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الى آخره (واذا كان كذلك) يعنى اذا كان أشهد أو اذا كان أمانة بان أشهد (لا تكون مضمونة عليه) فلو هلكت بغير صنع منه لا ضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك فى قوله انه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبينته على انه أخذها ليردها ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن) وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وفى شرح الاقطع ذكر محمدا مع أبى يوسف (والقول له) مع يمينه أنه أخذها ليردها (لان الظاهر شاهد له) اذ

الى مالكها ولانه يلتزم الامانة فى رفعها والتزام أداء الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الامر قال الله تعالى ان الله يامركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وامتثال الامر سبب لنيل الثواب (قوله وقال أبو يوسف رحمه الله القول قوله) أى مع يمينه وذكر فى فتاوى قاضيخان رحمه الله هذا

وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن أن يصل اليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها وقيل تركه أفضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه والاول ظاهر المذهب (واذا كان كذلك) أى اذا كان أخذها ماذونا فيه شرعا (لا تكون مضمونة عليه) كذا فى بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر أن معناه واذا أشهد الملتقط انه ياخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لانه لم ياخذ لنفسه ويجوز أن يكون معناه واذا كانت أمانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لان تصادقهما حجة فى حقهما وصار كما اذا أقام الملتقط البينة انه أخذها ليوصلها الى المالك (ولو أقر) الملتقط انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله) أما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون

(قوله واللقطة وهى الشئ الذى يجده ملقى فياخذه أمانة) أقول كذا فى المغرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره (قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى فى شرح الاتقانى (قوله وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا الخ) أقول انما لا يكون مناسبا أن لو كان قوله وكذا اذا تصادقا عطفا على قوله واذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فانه يجوز أن يكون عطفا على قوله اذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول وعندى هذا اظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا اذا تصادقا وكذا تكون اللقطة امانة اذا تصادقا

لاختياره الحسبة دون المعصية وله‍ما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وماذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس قال (فان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا)

الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا أخذ ان لم يكن الظاهر انه أخذه للمالك فاقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في انه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك (وله‍ما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وماذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه) فان قال كون أخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ماذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ماذكرنا آنفا من رواية اسحق من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا أمكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه ان أشهد أخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه كونه منعني من الاشهاد كذا (قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على) أو عندي ضالة أو شئ فمن سمعتموه الى آخره فاذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لانه) أي اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول أخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول الى آخره يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا فلا فائدة لقول أبي يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد أي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به انه أخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فيذكر في ظاهر الرواية من انه اذا أخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أولا والوجه ظاهر المذهب وماذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ (قوله فان كانت اللقطة أقل من عشرة عرفها أياما) وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روي عن أبي حنيفة ان كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وان كانت أقل من مائتين الى عشرة عرفها شهرا وان كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفي رواية أخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة يعرفها عشرة أيام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وان

الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحدا يشهده عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند الرفع يأخذه منه الظالم فيترك الاشهاد لا يكون ضامنا وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمنه لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه (قوله واحدة كانت اللقطة أو أكثر) يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد أو من أجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لان اللقطة اسم جنس فيتناول الكل

المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه. وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه وأما أن القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب وقوله (وله‍ما انه أقر بسبب الضمان) ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحدا يشهده عند الرفع أو خاف انه لو اشهد عند الرفع أن يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله (ويكفي في الاشهاد أن يقول) ظاهر

ويوجد التناسب والتلازم لكونه عطفا على قوله اللقطة امانة الخ وعلى الوجه الذي ذكره قبله يكون المعنى وكذا لا تكون مضمونة عليه اذا تصادقا وفيه نوع تأمل (قوله قيل هذا الاختلاف في الاشهاد الخ) اقول اي في وقت انتفاء الاشهاد ففيه حذف مضافين

قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها

كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الائمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ما سيذكر وكذا روي عن عمر وعلي وابن عباس وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة ومعنى لا تحل اللقطة أي لا يحل لملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به (وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول) الحاقا لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا (وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (الى رأي المبتلى به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيت بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره (قوله وقيل الصحيح ان شيأ من هذه التقادير ليس بلازم) ولا التقدير بالعام (ويفوض الى رأي المبتلى به يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أولا وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى ان المال لما كان ذا خطر

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي رحمه الله قال واذا التقط اللقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا أو خسيسا في ظاهر الرواية (وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسندا الى أبي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيته ثانيا فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها وعددها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد (وقوله وقيل الصحيح أن شيأ من هذه المقادير) اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله

(قوله لان العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فان النكرة اذا وقعت في سياق الشرط تعم على ما صرحوا به وشيأ في الحديث المروي كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير (قال المصنف وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه قال ابي بن كعب رضي الله تعالى عنه وجدت مائة دينار فاخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها احد فاخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم أخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها فانها رزق ساقها الله اليك انتهى ثم قال وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا يرى أن المائة الدينار لما كان مالا عظيما كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بان يعرفها ثلاث سنين انتهى فيفهم منه أن اللاقط يعرفها أكثر من حول عند شمس الائمة بحسب ظنه وفي

وقوله (كالنواة وقشور الرمان) يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت
بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعدما جمعها جاز أن يأخذها لان الالقاء متفرقا دليل على
الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح ذكره في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها
فالظاهر أنه ما ألقاها (قوله فان جاء صاحبها والا تصدق بها) يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه أيضا الا لعين
حقه المستحق الدفع اليه
كما في بيع الفضولي (والا)
أي وان لم يجئ فهو بالخيار
(ان شاء) تصدق بها ايصالا
لعوض المستحق وهو الثواب
على اعتبار اجازته التصدق
بها على مستحقه (وان شاء
أمسكها رجاء) للظفر
بصاحبها فان جاء صاحبها
بعد ما تصدق بها الملتقط
باذن الحاكم فهو بالخيار
ان شاء أمضى الصدقة وله
ثوابها لان التصدق ان
حصل باذن الشرع لم يحصل
باذنه فيتوقف على اجازته
فان قيل التوقف على
الاجازة يقتضي قيام المحل
عندها كما في بيع الفضولي
وليس بلازم حتى لو أجاز
المالك بعد هلاكها صحت
الاجازة وأجاب بان الملك
يثبت للفقير قبل الاجازة
لان الملتقط لما كان ماذونا
في التصدق شرعا ملك الفقير
بنفس الاخذ لان التصدق
من أسباب الملك فلم يتوقف
ثبوت الملك على وجود المحل
عند الاجازة فان قيل لو ثبت
الملك للفقير قبل الاجازة لما
ثبت للمالك حق الاخذ
اذا كان قائما في يد الفقير
أجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك
فيتوقف

وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفه حتى اذا خاف أن يفسد تصدق به و ينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها
وفي الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة
وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان
التمليك من المجهول لا يصح قال (فان جاء صاحبها والا تصدق بها) ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر
الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها
وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها قال (فان جاء صاحبها) يعني بعدما تصدق بها (فهو بالخيار ان شاء
أمضى الصدقة) وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه

كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرفه ثلاث سنين (قوله وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده
فيتصدق به) قال المصنف (و ينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع) يعني الاسواق وأبواب
المساجد فينادي من ضاع له شئ فليطلبه عندي واعلم أن ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف
عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ولكن يجب حمله على المعتاد من أنه
يفعله وقتا بعد وقت و يكرر ذلك كلما وجد مظنة وما قدمناه من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة
الواحدة هو في دفع الضمان عنه أما الواجب فان يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وان كانت اللقطة شيأ يعلم أن
صاحبها لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه
صلى الله عليه وسلم أنه رأى تمرة في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم فيه
خلاف بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له أخذها لان الاباحة لا تخرجه عن
ملك مالكه وانما القاؤها اباحة لا تمليك (لان التمليك من المجهول لا يصح) وذكر شيخ الاسلام أنه لو كانت
متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لانها تصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل و به كان يفتي الصدر
الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب أعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في
مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها
ليرفعها وعن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له أن
يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذه بعد أن يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح
والكمثرى والحطب في الماء لا بأس باخذه (قوله فان جاء صاحبها أخذها والا تصدق بها) أو أكلها ان كان
فقيرا أو استقرضها باذن الامام و يملكها ان شاء وان شاء أمسكها أبدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت
يوصي بها كي لا تدخل في المواريث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت
وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا و يغلب على الظن بذلك أن
قصدهم تعميتها عن صاحبها و يجري فيه خلاف أبي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء
صاحبها (بعد التصدق فهو) باحد خيارات ثلاث (ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل
باذن الشرع لم يحصل باذنه) أي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك

(قوله كالنواة وقشور الرمان) أي في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيأ كثيرا فجمعها وصار بحكم الكثرة

المحيط البرهاني والفقيه أبي جعفر كان يقول اذا بلغ مالا عظيما بان كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال وكان القاضي
الامام أبو علي النسفي يحكي عن الشيخ الامام أنه كان يروي عن محمد انه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر (قوله فالظاهر انه ما ألقاها) أقول
بل سقطت منه

الموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعدما قسمت أمواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجده قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع
الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما

فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله قال

قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها أجاب بان ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الاجازة كما في بيع الفضولي أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن الشرع واباحة منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقا للعبد كما في) اذنه (في تناول مال الغير عند المخمصة) والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز أن يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه (وان شاء ضمن المسكين) اذا كان المدفوع اليه (هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه) فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها أجيب بانه لا مانع من ثبوت الملك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه (وان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضي أبي جعفر من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير أمر القاضي أما اذا كان بامره فلا يرجع ردوه بانه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمنه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بامره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظا لها الا اتلافا فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعا القيام به والتصدق

لها قيمة فلا بأس بالانتفاع بها ولكنه يبقى على ملك مالكه حتى كان له أن يأخذه من يد الملتقط وان وجده مجتمعا لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان مالكه ما ألقاه بعدما جمعه ولكنه سقط منه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله في شرح كتاب الذبائح أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعدما جمعها وأخذها ويصير ملكا للآخذ وكذا الجواب في التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمهما الله كذا في الذخيرة (قوله والملك يثبت للفقير قبل الاجازة) فلا تتوقف الاجازة على قيام المحل أي قيام المحل الذي تصدق على الفقير حتى لو أجاز بعدما تلف المال في يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت الملك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصدق لو حصل باذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنهما لا يقع الملك للفقير قبل الاجازة كما في بيع الفضولي فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامرين حظهما فقلنا من حيث ان التصدق حصل باذن الشرع يملكه الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم (قوله وان شاء ضمن الملتقط) فان قيل كيف يضمنه وقد تصدق باذن الشرع قلنا الشرع أباح له التصدق وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان حقا لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه فان كان قائما أخذه لانه وجد عين ماله فهو أحق به وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر بشيء أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه

يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع أجاب بقوله (الا أنه باباحة من جهة الشرع) يعني أن الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة (وان شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح (وان كانت العين قائمة أخذها لانه وجد عين ماله) وحاصله أن المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلو اما أن تكون العين قائمة في يد الفقير أو هالكة فان كانت قائمة أخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشيء فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسليم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيأ

قال المصنف (فلا يتوقف على قيام المحل) أقول والاظهر عندي ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع الى الاجازة (قوله لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيأ) أقول لعل المراد وعقد المعاوضة

(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في أخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة (فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وان أنفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين (واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها) لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة

ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي) وأحمد (اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس) لهم (أن الاصل في أخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها به) كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس (يقل) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة) في الاخذ (والندب الى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الاخذ وحله وهو الظاهر (ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم قال هي لك أو لاخيك أو للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوي الضالة الا ضال وقال صلى الله عليه وسلم ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة أجاب في المبسوط بان ذلك كان اذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها وأما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة اليها بعده ففي أخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق فانا نقطع بان مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن يكون عاما في الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يتأيد بحديث عن عياض بن حماد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء ربها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أي عن ان يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بامره كان دينا عليه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين) الآن (فاذا رفع الى الحاكم فان كان للبهيمة منفعة) وثم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجرتها لان فيه ابقاء العين على ملك مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن لها منفعة) أو لم يجد منه من يستأجرها) وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة) فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل

بالضمان قد ملك وظهر أنه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشئ (قوله واذا كان معها) أي مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها كالقرن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بعدوه وكدمه ونفحه فيقضي بالكراهة أي بكراهة الاخذ

وقوله (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها وقوله (والاباحة) أي اباحة الاخذ وقوله (واذا كان معها) أي مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها يعني ما يهلكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس وقوله (فيقضي بالكراهة) أي كراهة الاخذ

(قوله في البعير بكدمه ونفحه) أقول الكدم العض بادنى الفم والنفح بالحاء المهملة الضرب بالرجل

وقوله (وفى هذا نظر من الجانبين) أى من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة وقوله (فاذا لم يظهر يأمره ببيعها) قيل فاذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضى من ذلك الثمن ما أنفق بأمره فى اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضى فيعينه على أخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضى أن يعينه على ذلك وقوله (وفى الاصل شرط اقامة البينة) يعنى أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود هنا أجاب بقوله (وليست تقام للقضاء) أى هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله (وان قال لا بينة لى) أى الملتقط قال لا بينة لى على أنها لقطة عندى ولكنها لقطة يقول القاضى للملتقط أنفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول بهذا الترديد حذرا عن لزوم أحد الضررين لانه لو أمر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها وقوله (اذا شرط القاضى الرجوع على المالك) متصل بقوله انما يرجع أى انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضى الرجوع على المالك وهذه هى الرواية التى ذكرناها فى مسائل اللقيط بقوله والاصح أن يأمر القاضى الملتقط بالانفاق على أن يكون دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا فهذا احترازعن قول بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع

(وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن فى ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) لانه نصب ناظرا وفى هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر فى الانفاق مدة مديدة قال رضى الله تعالى عنه وفى الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا فى يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به فى الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لى يقول القاضى له أنفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله فى الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى أنه انما يرجع على المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضى الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح

به الى مثله فى الجملة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن) له (فى ذلك وجعل النفقة دينا عليه) اذ (فيه نظر من الجانبين) جانب المالك بابقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها ولا نظر فى ذلك أصلا بل ينبغى ان لا ينفذ من القاضى ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما انفق فى اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضى وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه وللقاضى أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضى لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهى قائمة فى يد المشترى فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاء وهى هالكة فان شاء ضمن المشترى قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملكه من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة (وفى الاصل) يعنى المبسوط (يشترط البينة) فانه قال فان كان رفعها الى القاضى وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق وصححه المصنف (لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر بالنفقة الا فى الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أى لينكشف للقاضى أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم له ذكره فى المبسوط وفى الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها (وان قال) الملتقط لا بينة لى يقول له أنفق عليها ان كنت صادقا) وفى الذخيرة يقول له ذلك بين يدى الثقات بأن يقول أمرته بالبيع أو الانفاق ان كان الامر كما قال (وقوله فى الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها) اشارة الى أنه انما يرجع (اذا شرط القاضى) ذلك (وهذه رواية وهو الاصح) وقيل يرجع بمجرد أمره وقدم فى اللقيط

(قوله وفى هذا نظر من الجانبين) أى من جانب المالك بابقاء عين ماله له ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة (قوله وفى الاصل شرط اقامة البينة) أى يقيم الملتقط البينة على أن هذه الدابة لقطة عندى (قوله وليست البينة تقام للقضاء) جواب لسؤال وهو أن يقال ان البينة لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم ههنا قلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم فى مثل هذا ليس بشرط (قوله وهذه رواية وهو الاصح) هذه هى الرواية التى ذكرناها فى مسئلة اللقيط من المبسوط بأن الاصح أن يأمر القاضى الملتقط بالانفاق على أن يكون ذلك دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احترازعن قول بعض

(قال المصنف وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول قال الاتقانى أى يؤجر الآبق وينفق عليه من أجرته قال فى خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة الى النفقة ينفق بأمر القاضى والاولى أن يأمره القاضى بان يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته ثم قال والعبد الضال كذلك ثم قال والآبق لا يؤاجر فان تطاولت المدة فالاولى أن يبيعه انتهى وعلله فى المحيط بانه لا يأمن أن يأبق ثانيا (قال المصنف فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول فاندفع به ما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشتراط الخصم فى البينة يقام للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضى للملتقط)

قال (واذا حضر) يعني (المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى أن يجيء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه

(واذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي أيضا فيفهم أنه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر قال في التقريب قال أصحابنا لو أنفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها أي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو أنفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها بالاخذ بما أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم أعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتنا ولها عقد الرهن والمصنف أوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت وأما ما نقل عن أبي يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها أبدا حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد قبلي وانما أحلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعرف والناشد الطالب قال المثقب

يصيخ للنبأة اسماعه ✽ اساخة المنشد للناشد

ويروى يصيخ وهو بمعناه فالفعل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها انشادا اذا عرفتها ومن الثاني نشدتها أنشدها نشدا ونشدانا بكسر النون اذا طلبتها (ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) في حديث زيد ابن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها) أي وعاءها من جلد أو خرقة ونحوها (ووكاءها) أي رباطها بالذي شدت به وتقدم فاما أن يقضي العام على الخاص واما أن يتعارضا فيحمل

أصحابنا أن مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع وانما قال لم تبع اللقطة لان القاضي لو رأى المصلحة في بيع اللقطة بعد ما أنفق الملتقط عليها يوما أو يومين فله ذلك ودين الملتقط يؤدى من ثمن اللقطة (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حي بنفقته (قوله ولا تحل لقطتها الا لمنشدها) يقال أنشدت الضالة أي عرفتها ويقال نشدتها أي طلبتها كذا في الصحاح ثم معنى الحديث ولا تحل لقطتها أي لقطة مكة الا لمنشدها أي لطالبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعرف ولهذا ذكر في رواية أخرى ولا يلتقط لقطتها الا من عرفها والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه باعتبار أنها للغرباء ظاهرا فيتناول ويقول أن مالكها ذهب ظاهرا فلم نحتج الى التعريف ✽ العفاص الوعاء الذي تكون فيه اللقطة من جلد أو خرقة أو غير ذلك يقال أوكى السقاء اذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به (قوله

قال (واذا حضر يعني المالك) كلامه ظاهر وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حي بنفقته يقال نشدت الضالة أي عرفتها وانشدتها أي طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله لا تحل لقطة مكة الا لمنشدها أي طالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاص وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء الرباط يقال أوكى السقاء شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به وقوله (ابقاء ملك المالك من وجه) يعني من حيث تحصيل

أقول يعني عند الثقات (قوله اشارة الى قوله لانه حي بنفقته الخ) أقول فيه تامل بل هو اشارة الى قوله كأنه استفاد الملك من جهته (قوله يقال نشدت الضالة أي عرفتها) أقول في الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشدانا أي طلبتها وأنشدتها أي عرفتها وأما قول أبي دؤاد

ويصيخ أحيانا كما ✽ استمع المضل لصوت ناشد

فهو المعرف ههنا ويقال هو الطالب لأن المضل يشتهي أن يجد مضلا مثله ليتعزى به اه ففي تقرير الشارح قصور لا يخفى وقوله والمعرف عندنا لا يلائم لما سبق حيث لم يبين في الانشاد معنى التعريف قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها) أقول معناه على الدوام والا لم تظهر فائدة التخصيص

فيملكه

الثواب (فيملكه كما في سائرها) أي في سائر اللقطات (وتأويل ما روى) من قوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها الا لمنشدها أي لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم أجاب بقوله (والتخصيص بالحرم) وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع اليها فالظاهر انها للغرباء لا يظن عودهم في سنة وأكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله (لهما) أي لمالك والشافعي رحمهما الله حاصله أن الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة (ولنا ان اليد حق مقصود كالملك) بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله (وهذا) أي هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها (للاباحة) أي وجب حمله على الاباحة (لاجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل أن يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرافع أيضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله تعالى ههنا في مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم

فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روى انه لا يحل الالتقاط الا للتعرف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا (واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك) فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا أنه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور

كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر ان ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر اباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها السبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لاظهار الجلادة (قوله واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء وعند مالك والشافعي) وأحمد (يجبر) واعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك والحق ان قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فاعطها اياه والا فاستمتع بها وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها وعرف عفاصها ووكاءها وعددها فاعطها اياه والا فهي لك وأيضا (فان صاحب اليد) وهو الملتقط (انما ينازعه في اليد لا في الملك) لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكتفي به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) حتى ان غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير أنا أبحنا له الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على أن الامر فيه للاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي ان شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه

ولنا ان اليد حق مقصود) كالملك بدليل أنه يجب الضمان في غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لما أن المدبر غير

(قال المصنف لا يحل الالتقاط الا للتعريف) أقول ففي الحديث حذف المضاف (قال المصنف العلامة) أقول أي اعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول ذلك عندنا في النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعي الخ) أقول وفيه أنه لا بد لنا من الخلاص عن ذلك على رأينا فما هو (قوله قال المصنف وهذا بلا خلاف) أقول قال الاتقاني وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ونفي الخلاف ههنا مع اثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكمل الدين هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا انتهى فاندفع التناقض.

وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدق قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة

كفيلا استيثاقا قال المصنف (وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر ههنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجيء و يتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم وهذا يدل على ان دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضيخان ان فيه روايتين والصحيح أنه لا يأخذ وأورد على المصنف انه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه أي في أخذ الكفيل عند رفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة أولا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل يقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها اليه ودفع بالفرق (بأن المالك ههنا غير ظاهر) أي المالك الآخذ لهذه اللقطة التي صدق الملتقط عنها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر وانما أقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على ملك غيره واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة انها له ان كانت قائمة في يد المدعي قضى له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على أحد وان ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام أحمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول أحمد أن الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظالمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره ببينة فقضى له به يرجع على البائع ومثل هذا يجري في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بامره وليس بضامن بل المودع ظالمه في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده

قابل للنقل ملكا (قوله بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وصورة ذلك ميراث قسم بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان له أن لا يدفع اليه المال لان الكلام في الدفع اليه بذكر العلامة وأما في مسئلة الوارث فحق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم وعسى أن لا يكون فلا يجوز تأخير حق الحاضر الى وقت التكفيل لامر محتمل لا امارة عليه هذا اذا دفع اللقطة بذكر عسى أن تكون العلامة وأما اذا دفع اللقطة بحكم أن الحاضر أقام البينة على أنها له ففي أخذ الكفيل روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا (قوله وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر) فلما لم يكن

وقوله (بخلاف الكفيل لوارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وانما ورد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا وقوله (لان المالك ههنا غير ظاهر) يعني جاز أن يكون المالك هو الذي حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه (وأما المودع فانه مالك ظاهرا) فبالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هنالك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا كذا في المبسوط

(وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها)

والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي حدثنا زياد بن سعد عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يات فليتصدق به فان جاء فليخيره بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان أبا الملتقط أو ابنه أو زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا) من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها) قالوا (وأبي كان من المياسير) بدليل ما في بعض روايانه أنه صلى الله عليه وسلم قال والا فهي كسبيل مالك فقد جعل له مالا قلناهذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها كما في مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء أحد الى أن قال فهي كسبيل مالك وظاهر هذا أنه يحكي قوله لسائل يساله وجاز كون ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل على فقر أبي في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يارسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالي الي بيرحاء فما ترى يارسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه أيسر بعد ذلك الا أن قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسال النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والا فشانك بها وفي رواية فهي لك فهو أيضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب لابي لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين لو كان

ظاهرا جاز أن يكون المالك هو الذي حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما اياه الدفع اليه ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشئ وههنا للملتقط أن يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وههنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمنه كذا في المبسوط (قوله حملا له على رفعها) أي ليكون حاملا وباعثا على رفعها (قوله لاطلاق النصوص) لقوله تعالى ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم (قوله وانتفاع أبي كان باذن الامام) أي انتفع أبي بها بحكم القرض باذن الامام وله أن يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام على أنه يحتمل أنه علم فقره وحاجته لديون عليه فاذن له في الانتفاع بها وخلطها بماله ويحتمل أن ماله دون النصاب ويحتمل أن ذلك المال كان لحربي لا أمان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد

وقوله (وكان من المياسير) أي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله (حملا له على رفعها) أي ليكون حاملا وباعثا على رفعها (وقوله لاطلاق النصوص) يريد به قوله تعالى ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل الخ وقوله تعالى ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم (قوله والاباحة للفقير لما رويناه) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام فليتصدق به (قوله والغني محمول على الاخذ) جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها (قوله وانتفاع أبي) جواب عن استدلاله بحديث أبي رضي الله عنه وقوله (وهو جائز) أي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد

قال المصنف (وهو جائز باذنه) أقول قال الاتقاني أي الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الغني باذن الامام على وجه يكون قرضا لوقوعه في محل مجتهد فيه فان الانتفاع للغني يجوز عند الشافعي انتهى وفيه بحث (قوله أي الانتفاع للغني الى قوله في محل الخ) أقول فيه بحث فان خلاصة استدلال الشافعي أنه لو لم يجز أن ينتفع بها الغني لما أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لابي بن كعب رضي الله عنه به اذ هو مبعوث لبيان الشرائع ولا جواب عن ذلك فيما ذكر ولا معنى لابتنائه اجازته عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الامة فليتامل

لمافيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا اجاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وان كان هو غنيا) لماذكرنا والله أعلم

(كتاب الاباق)

نصا بالجواز كونه أقل من نصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت اللقطة لاتحل للملتقط الابطريق الصدقة فيمتنع اذا كان غنيا لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لاتحل له الصدقة وقد أمره صلى الله عليه وسلم بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال ما يبكيكما قالت الجوع فخرج علي رضي الله عنه فوجد دينارا بالسوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فأخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار وخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم بلحم فعجنت وخبزت وأرسلت الى أبيها فجاء فقالت يارسول الله أذكر لك فان رأيته حلالا لنا أكلناه من شانه كذا وكذا فقال كلوا باسم الله فأكلوا فبينما هم مكانهم اذا غلام ينشد الله والاسلام الدينار فأمر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعي فسأله فقال سقط مني في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم ياعلي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك أرسل الي بالدينار ودرهمك علي فأرسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري ولعل تأويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فمراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء في التعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد أن اشتروا وخبزوا وأحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بأن عليا عرفه قبل أن يأتي به فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وأبو يعلى الموصلي وفيه انه أتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة أيام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل لمختار شمس الائمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى أن تسكن نفسه الى أن طالبه قطع نظره عنه وفي سنده أبو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندي أبو بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وهو لين الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب لان ما في الرواية الاولى من انهم انما أعلموه بعد أن اشتروا وصاروا مهيئين للاكل يناقض ما في الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه وفي الاولى أنه دفع عينه للمنشد وفي الثانية أنه جعله دينا عليه وقال اذا جاء نا أديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به أن استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغني فلو سلمنا ضعف حديث أبي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمتي كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت أن للملتقط الغني فيها حكما آخر ونحن نطالبه في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء

(كتاب الاباق)

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا أن التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب

عرفها ثلاث سنين فكان الظاهر أنها لو كانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر علم أنها كانت لكافر وقد سبقت اليه يده فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف (قوله من تحقيق النظر من الجانبين) وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط لما ذكرنا أي من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى أعلم بالصواب

(كتاب الاباق)

فيه وقوله (لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين) يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله أعلم

(كتاب الاباق)

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب أعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة الزوال والهلاك والاباق هو الهرب والآبق هو الهارب من مالكه قصدا

(كتاب الاباق)

(الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه) لما فيه من احيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول

والاباق في اللغة الهرب أبق يأبق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (في حق من يقوى عليه) أي يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف و يمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والا فلا واختلف في أخذ الضال قيل أخذه أفضل لما فيه من احياء النفوس والتعاون على البر (وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه) منتظر المولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير متزحزح عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك في أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده (قوله ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان) أو القاضي فيحبسه منعا له عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الآخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة أما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان و بهذا الاعتبار خيره الحلواني بين أن يأتي به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق الى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه وانما يحلفه مع عدم خصم يدعي اصيانة قضائه عن الخطاء ونظر المن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان وكما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد أنه له و يأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة و ينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه فاذا جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره و ينفق عليه من أجرته لانه لا يخشى اباقه فلا يبيعه أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره و ينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستأصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وان رده لاقل) من مسيرة سفر فبحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط) بان يقول من رد على عبدي فله كذا كما

الآبق هو المملوك الذي فر من صاحبه تمردا وعنادا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله (قوله لما فيه من احيائه) لان الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له (قوله ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان) هذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شمس الائمة الحلواني رحمه الله أن الراد بالخيار ان شاء حفظ بنفسه وان شاء رفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار (قوله الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها) فقال بعضهم دينار أو اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله تعالى عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار رضي الله تعالى عنه ان أخذه في المصر فله عشرة دراهم وان أخذه خارجا من المصر

(والآبق أخذه أفضل في حق من يقوى) أي يقدر (عليه لما فيه من احيائه) اذ الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له (وأما الضال) هو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق (ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي وأما اختيار شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فهما بالخيار وقوله (ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه) ظاهر وقوله (وانما ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

الاأن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) قال عمر رضى الله عنه فى جعل الآبق دينار أو اثنا عشر درهما

وقال على رضى الله عنه فى جعل الآبق دينارا أو عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضى الله عنه أربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه ان رده فى المصر فله عشرة دراهم وان رده فى خارج المصر استحق أربعين (فاوجبنا الاربعين فى مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا) أى جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يؤخذ باقل المقادير لتيقنه أجيب بانه لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بان يحمل قول من أفتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر وقول من أفتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة السفر وهذا أولى لانه يعمل بكل منهما وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال فى عدم وجوب الجعل وفى قوله (ولان الحاجة) اشارة الى نفى

الشافعى رحمه الله تعالى لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل الاان منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فاوجبنا الاربعين فى مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل أصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها

اذا رده بمتضالة أو عبدا ضالا وجه القياس أن الراد تبرع بمنافعه فى رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيأ فكذا هذا وقولنا قول مالك وأحمد فى رواية قال المصنف فى وجه الاستحسان (ولنا اجماع الصحابة على أصل الجعل الاأن منهم من أوجب الاربعين ومنهم من أوجب مادونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد وذلك أن محمدا رحمه الله روى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبى عمرو الشيبانى قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد أصاب أجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا وروى عبد الرزاق فى مصنفه قال أخبرنا سفيان الثورى عن أبى رباح عبد الله بن رباح عن أبى عمرو الشيبانى قال أصبت غلمانا أباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال أربعون درهما من كل رأس وروى ابن أبى شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبى العلاء عن قتادة وأبى هاشم أن عمر رضى الله عنه قضى فى جعل الآبق أربعين درهما وروى أيضا عن وكيع حدثنا سفيان عن ابى اسحق قال أعطيت الجعل فى زمن معاوية أربعين درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه جعل فى جعل الآبق دينارا أو اثنى عشر درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبى عن الحرث عن على رضى الله عنه أنه جعل فى جعل الآبق دينارا أو اثنى عشر درهما وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى العبد الآبق يوجد فى خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم فى المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عمار ان أخذه فى المصر فله عشرة وان أخذه خارج المصر فله أربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف (الاأن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها) يريد المروى عن عمر وعلى وقد علمت الرواية عن عمر أيضا ان الجعل أربعون وسنده أحسن من الاخرى والرواية عن على مضعفة بالحرث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقى فى سننه هو أمثل ما فى الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر فى القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ تحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على مادونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان نصب المقادير لا يعرف الا سماعا فكان الموقوف على الصحابة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ما فى هذا (ولان ايجاب أصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة) وهو رده احتسابا بما عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل انما يدرى (بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع) الحاقه به قياسا ودلالة أيضا لان الحاجة الى صيانة الضال فى رده

فله أربعون درهما وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه حين قدم رجل باباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا وجعلا ان شاء من كل رأس أربعين درهما فاخذنا باجماعهم فى ايجاب أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة ورجحنا قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فى مقداره لانه قال فى مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه أحد فان قيل ينبغى أن يؤخذ بالاقل المتيقن لا بالاكثر المشكوك قلنا انما لم يأخذ بالاقل لان التوفيق بين أقاويلهم

قوله (أى جمعا بين الخ) أقول أى بقدر الامكان قال المصنف (ولان ايجاب الجعل أصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة) أقول المراد الحسبة المخصوصة فان فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول قوله والتقدير مبتدا وقوله بالسمع خبره قال المصنف (ولا سمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا لا يدل على امتناع ايجاب الاصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأى الى السلطان لانا نقول هذا جواب عن قياس الشافعى وما ذكرته يندفع بقوله ولان الحاجة الخ فتامل

الى

الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفى ويقدر الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض الى رأى القاضى وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هى أقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الا درهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رحمهما الله له أربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم

دونها فى رد الآبق لما فى رده من زيادة التحفظ فى حفظه والاحتياط فى مراعاته كى لا يابق ثانيا مما ليس فى رد الضال منه شئ ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدى قد أبق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شئ لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله (وما دونه فيما دونه) أى أوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر وذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب (قوله ويقدر الرضخ فى الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أى المالك والراد أو يفوض الى رأى القاضى يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الاربعون على الايام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلث (قوله وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الا درهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبى يوسف الاول كما قال أبو يوسف آخرا (له أربعون) وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول أبى حنيفة فى عامة كتب الفقه وذكر فى شرح الطحاوى مع محمد وجه أبى يوسف (أن التقدير بها ثبت بالنص) أى قول ابن مسعود وعمر ووجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما والوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينتقص عنها (ولمحمد ان المقصود) من ايجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص) منه (درهم

يمكن بان يحمل قول من أفتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة السفر ولان نصب المقادير بالرأى لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم فى الفتوى الا السماع فكان كلا منهم روى ما قاله عن النبى عليه السلام والمثبت للزيادة من الاخبار عند التعارض أولى فلذا أخذنا بالاكثر واذا أتى رجل بعبد آبق فاخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة أنه عبده فانه يستحلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة الا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فان قيل كيف يستحلفه وليس ههنا خصم يدعى ذلك قلنا يستحلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مامور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فاذا حلف دفعه اليه وفى أخذ الكفيل منه روايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعى بينة ولكن أقر العبد أنه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا أما الدفع اليه فلان العبد فى يد نفسه وقد أقر أنه مملوكه ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له وأما أخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضى فلا يلزمه ذلك بدون التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضى كذا فى المبسوط واذا كان الآبق بين رجلين فالجعل عليهما على قدر انصبائهما فان كان أحد المولين حاضرا والآخر غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطيه الجعل كله واذا أعطاه لم يكن متبرعا واذا قال الرجل لغيره ان عبدى قد أبق فان وجدته فخذه فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجده على مسيرة ثلاثة أيام فاخذه ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه فى رد الآبق وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا (قوله ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة) أى لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على أربعين لانه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعا ولا

الالحاق دلالة لانها تقتضى التساوى بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله (ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه فان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى رأى الامام

قال المصنف (الى صيانة الآبق) أقول قوله الى فى قوله الى صيانة الآبق الخ متعلق بالضمير فى دونها لكونها عبارة عن الحاجة

ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة وأم الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن اذا كان الرد فى حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو فى عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل

ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة) أى فائدة ايجاب الجعل وتعيين الدرهم لان مادونه كسور (وأم الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن اذا كان الرد فى حياة المولى لما فيه من احياء ملكه) وبه تحيا ماليته له اما باعتبار الرقبة كما فى المدبر أو باعتبار الكسب كما فى أم الولد عنده لانه لا مالية فيها عنده لكنه أحق باكسابها (ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت) فيقع رده حرا لا مملوكا على مالكه وهذا فى أم الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة يصير كالمكاتب لانه يسعى فى قيمته ليعتق ولا جعل فى رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كردغريمه وبردغريم لا يستحق شيأ بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو فى عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) له وقيد فى عياله ان رجع الى الراد أو الى الابن اقتضى أن يتقيد نفى الجعل اذا كان الراد ابنا بكونه فى عيال المالك أى فى نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان فى عيال أبيه المالك أولا وجملة الحال ان الراد ان كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصى لا يستحق جعلا مطلقا أما الولد فلان الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه أجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا يفيد عدم الوجوب وان لم يكن فى عياله فاذا كان فى عياله فبطريق الاولى وأما أحد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفى الاستحسان لا يجب لان العادة أن يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا فى العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد جهة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شئ وأما الوصى فانما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشأن الوصى أن يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقى الاقارب فان كانوا فى عيال المالك لا يجب لهم شئ وان لم يكونوا فى عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق بمن فى عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا

كذلك الصلح على الاقل لان له أن لا يأخذ شيأ أصلا فله أن يحط والجواب لمحمد رحمه الله أن المطلق قد يتقيد بدلالة الفرض كالاذان فانه شرع جهرا مع أن الاصل فى الاذكار الاخفاء فيتقيد النص بما اذا كانت قيمته أكثر من أربعين (قوله تحقيقا للفائدة) والجواب عنه أن الفائدة تحصل بالاكتساب لان كسبه تزيد على قيمته ظاهرا ولهذا قلنا بوجوب الجعل فى أم الولد (قوله وأم الولد والمدبر فى هذا بمنزلة القن) لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فان قيل الجعل يجب باحياء المالية ولا مالية لام الولد خصوصا عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه قلنا المالك أحق بكسبها ولها مالية باعتبار كسبها وقد أحياه الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فان مات المولى قبل أن يصلا اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر فى أم الولد وكذا فى المدبر اذا خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر مديون وعنده يصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب لانه أحق بكسبه فلا يكون راده محييا لماليته باعتبار الرقبة والكسب (قوله ولو كان الراد أبا المولى) أو ابنه وهو فى عياله (قوله وهو راجع الى أحدهما) أيهما كان لانه ذكر بكلمة أو والجملة فى ذلك أن الراد اذا كان فى عيال مالك العبد أى فى مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان ذلك الراد أبا للمالك أو ابناله وأما اذا لم يكن فى عياله فعلى التفصيل ان كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضا وان كان أباه فله الجعل وذكر فى المبسوط جواب القياس بان الراد الذى هو ذو رحم محرم من المالك يستحق الجعل فى جميع ذلك اذا لم يكن فى عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال اذا وجد عند أبيه وهو

قوله (وأم الولد والمدبر فى هذا) أى فى وجوب الجعل (بمنزلة القن) لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من احياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان أم الولد لا مالية فيها عند أبى حنيفة رحمه الله وقوله (لانهما يعتقان بالموت) باطلاقه ظاهر فى أم الولد وفى حق المدبر الذى لا سعاية عليه وأما الذى عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو فى عياله) أى كل واحد منهما فى عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا فى عياله والقياس أن يستحق كل من ذى الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن فى عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد أبيه وليس فى عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك وأما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس فى عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب

لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال (وان أبق من الذى رده فلاشئ عليه) لانه أمانة في يده لكن هذا اذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضى الله عنه وذكر فى بعض النسخ انه لاشئ له وهو صحيح أيضا لانه فى معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لاشئ عليه لما قلنا قال (ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق) كما فى العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض فجاز

بخلاف ما اذا لم يكونوا فى عياله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا (قوله وان أبق من الذى رده فلاشئ عليه) أى لاضمان على الراد وفى بعض نسخ القدورى لاشئ له أى لاجعل للراد وكل منهما صحيح (وكذا اذا مات عنده) الا أن نفى الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك فى يده أو أبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان بشرط له أن يكون أشهد على قول أبى حنيفة ومحمد لانه حينئذ صار أمانة عنده كما فى اللقطة وقال أبو يوسف لاضمان عليه أشهد أو لم يشهد اذا قال أخذته لارده والقول قوله فى ذلك مع يمينه اذا علم انه كان آبقا فلو أنكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وأنكر المولى اباقه الا أن يشهد شهود انه أبق من مولاه أو يشهدوا على اقرار المولى باباقه (قوله ولو أعتقه المولى كما لقيه) أى رآه قبل قبضه (يصير بالاعتاق قابضا) فيجب الجعل (كما فى العبد المشترى) اذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا اذا باعه المولى من الراد) أى قبل قبضه يصير به قابضا (لسلامة بدله) وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع مالم يقبض وهو لا يجوز أجاب بقوله (لكنه بيع من وجه) لا من كل وجه (فلا يدخل تحت النهى) المطلق (عن بيع مالم يقبض فجاز) وأورد أن الشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمات أجاب بان هذه شبهة

فى عياله أو ليس فى عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الاب عبد ابنه فان كان فى عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من فى عياله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الاب فى عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب (قوله يتبرعون بالرد عادة) فان قيل طلبهم الجعل دليل على أنهم لم يتبرعوا قلنا من الجائز أنهم تبرعوا فى الرد ثم ندموا لبعض الاسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال (قوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) يعنى قوله ومن رد الآبق على مولاه (قوله هذا اذا أشهد) وان ادعى أنه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف المذكور فى اللقطة هذا اذا علم أنه كان آبقا وان أنكر المولى أن يكون العبد آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الآخذ وهو ادعى الاذن من المالك فى أخذه وأنكر المالك وعلى هذا لو رده فانكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له الا أن يشهد الشهود بانه آبق من مولاه وأن مولاه أقر باباقه فحينئذ يجب له الجعل كذا فى المبسوط (قوله فى بعض النسخ) أى فى نسخ المختصر للقدورى رحمه الله تعالى ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بخلاف ما اذا دبره وكذا اذا باعه من الراد أى يصير قابضا ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير قابضا قبل الوصول الى يده (قوله والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه) جواب لسؤال يرد بناء على قوله لانه فى معنى البائع من المالك فكان ينبغى

وقوله (فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) أى القدورى وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال (وان أبق من الذى رده) أى اذا أبق الآبق من الذى أخذه ليرده (فلاشئ عليه) أى لاضمان عليه لانه أمانة فى يده (لكن هذا اذا أشهد) عند الاخذ وقد (ذكرناه فى اللقطة) ان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله (وذكر فى بعض النسخ) أى نسخ مختصر القدورى (لاشئ له) أى لاجعل للراد اذا أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضا لانه) أى الراد (فى معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك فى يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واتضح ذلك بما ذكره فى الكتاب وهو واضح (وكذا اذا مات فى يده فلاشئ عليه لما قلنا) انه أمانة عنده (ولو أعتقه المولى) أى أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو أعتق المشترى العبد المشترى قبل القبض وأما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا أن يصل الى يده (وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان فى الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الرد فى معنى البيع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز لدخوله تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب ان النهى عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهى فيكون جائزا

وقوله (وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه أخذه ليرده) ظاهر وقوله (فان كان الآبق رهنا) سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله (والجعل بمقابلة احياء المالية) فيه نظر لانه يلزمه اذا رد أم الولد ومالية احياء المالية عند أبي حنيفة وأجيب بانه لا مالية فيها باعتبار الرقبة وانما المالية باعتبار كسبها لانه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده (قوله وان كان مدبونا) أي العبد الآبق اذا كان مدبونا بأن كان مأذونا له فلحقه الدين في التجارة أو استهلاك مال الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل (قوله وان كان) أي الآبق (موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد) وانما ذكرات الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ماذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) أي برد الآبق (بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد أجيب بانه كان كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا فعلى

قال (وينبغي اذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) فالاشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لاجعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه أخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه أو ورثه فرده على مولاه لاجعل له لانه رده لنفسه الا اذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه أحيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن و بعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مدبونا

الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي اذا أخذه أن يشهد انه يأخذه ليرده) قال المصنف (فالاشهاد حتم فيه) أي في أخذ الآبق (عليه) أي على الآخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب ونقطع بانه اذا أخذه بقصد الرد الى المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل واسقوط الضمان أن مات عنده أو أبق (لان ترك الاشهاد امارة انه أخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه) الراد (من الآخذ أو اتهبه) منه (فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه) لانه بالشراء أو الاتهاب قاصد لتملكه ظاهرا فيكون غاصبا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو أوصى له به أو ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لاجعل له لانه لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا أن يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتريته لارده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فحينئذ (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو أنفق عليه بغير اذن القاضي (قوله وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لان بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية ألا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن كما بالموت و بالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود به (والرد في حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا) أي كون الجعل على المرتهن (اذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فان كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء ان كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساما عليهما كذلك (قوله وان كان مدبونا) أي ان كان العبد الآبق مدبونا

أن لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بانه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فان قيل الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لانه لو شرط رضى المالك تنصيصا تحققت الشبهة لانه ملكه حقيقة فعند عدم الرضا تتحقق شبهة الشبهة (قوله لان ترك الاشهاد امارة أنه أخذه لنفسه) لان الاصل أن يكون الانسان عاملا لنفسه (قوله لانه رده لنفسه) لانه بالاخذ على هذا صار ضامنا ولما رده كان رده لاسقاط الضمان عن ذمته فكان رادا لنفسه والمراد من الشراء صورته والا فهذا التصرف لا يكون شراء حقيقة لعدم الملك فكذلك الاتهاب والارث (قوله فصار كثمن الدواء) يعني مداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على الامانة والمضمون فكذا هذا (قوله وان كان مدبونا) أي العبد الآبق اذا كان مدبونا بان كان مأذونا فلحقه في التجارة أو استهلك مال الغير

قوله (فعلى المولى ان اختار الفداء الخ) أقول له ود المنفعة اليه

فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقى للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقرله وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل فى ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه

بان كان مأذونا فلحقه فى التجارة دين أو أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لأنه مؤنة الملك والملك فى العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لان الملك استقر له وان اختار بيعه فى الدين كان الجعل فى الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقى للغرماء فظاهر ان قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشترى وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه (وان كان) أى العبد (جانيا) أى جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى أبق فرده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له ان اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته اليه فان اختار الدفع الى أولياء الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فابق ثم رد لا جعل على أحد أما المولى فلأنه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفا عنه فانما حصلت بالعفو وأما ولى القصاص فان قتل فالحاصل له التشفى لا المالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوبا) فان أبق ممن وهب له ثم رد (ف) الجعل (على الموهوب له) سواء رجع الواهب فى هبته بعد الرد أولا أما اذا لم يرجع فظاهر وأما ان رجع بعد المجىء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فى العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك وأورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد أجيب بان الترك آخر جزأى العلة واليه يضاف الحكم وأما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) الآبق (لصبي فالجعل فى ماله) لما تقدم (انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له) وقد بيناه فى التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفى الكافى للحاكم أبقت أمة واها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفى الذخيرة والمحيط لو أخذ آبقا فغصبه منه آخر وجاء به الى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة انه أخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد أبق من الآخذ فوجده آخر فرده الى سيده ان جاء به من مدة السفر فالجعل له وان وجده لأقل فجاء به لا جعل لواحد منهما وفى المبسوط لا جعل للسلطان والشحنة أو الخفير فى رد الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والاولى أن يقال لاخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له

وأقر به مولاه (قوله فعلى الموهوب له وان رجع الواهب) أى يجب الجعل على الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد وانما ذكر هذا الدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله فيجب على من يستقر الملك له وقوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغى أن يجب الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين فى حقه فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد أى برد الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع فى هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف قلنا نعم ولكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما فى القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هنا (قوله لانه هو الذى يتولى الرد) وكذلك ان كان اليتيم فى حجر رجل يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذى يطالبه عادة وكذلك لا جعل للسلطان اذا رد آبقا والله تعالى أعلم

وقوله (وان كان لصبي الى آخره) ظاهر وبالله التوفيق

(كتاب المفقود) قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشئ أي أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله (اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحي هو أم ميت) وقوله (نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (قوله ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) بان كان الشئ مشتركا بين المفقود وغيره (قوله انه) أي الوكيل من جهة القاضي (لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فانه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (واذا كان كذلك) يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (الا اذا رآه القاضي) أي جعل ذلك رأياله وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف أجيب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا فاذا رآها القاضي حجة وقضى

(كتاب المفقود)

(اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه

(كتاب المفقود)

هو الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته (قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على ماله (ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضي أن يفعل في أمرهم ماذكرنا لماذكرنا (وقوله) أي قول القدوري (يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده) أي بعقد الذي نصبه القاضي (لانه أصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق اذا جحده من هو عنده أو عليه لانه ليس بمالك لا نائب انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (واذا كان كذلك) يعني اذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والاوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو ردا بعيب أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصماء بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضي) أي اذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه بالصواب

(كتاب المفقود)

هو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته (قوله والمفقود بهذه الصفة) أي عاجز عن اقامة مصالحه (قوله وجب بعقده) أي بعقد القائم مقام المفقود (قوله ولا في نصيب له في عقار أو عروض) بان كان الشئ مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضي خصما فيه لمن يجحده (قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض) من جهة المالك في الدين عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما لا والوكيل بالقبض من جانب القاضي لا يملك الخصومة اتفاقا واذا كان كذلك يتضمن الحكم به أي بثبوت ما ادعاه من يخاصمه من يحفظ ماله باي جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضي أن يقضي على الغائب وللغائب الا اذا كان عنه خصم حاضر عندنا وكذا لا ينبغي للقاضي أن ينصب وكيلا عن الغائب وللغائب ولكن لو فعل ذلك ينفذ قضاؤه (قوله الا اذا رآه القاضي) أي لو كان القاضي ولاه ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لانه يصير

(كتاب المفقود) (قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول انت خبير بان الطلب ليس ضدا للاضلال الا أن يكون ثم اطلاق الضد توسعا بناء على ان الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل قال المصنف (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول فيه شئ والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز) أقول في فصل

ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار .

الحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي أن لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدودا في قذف فان نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا واذا قضى بها انفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان أو عقارا (في نفقة ولا غيرها لان القاضي لا ولاية له على الغائب الا في الحفظ) وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده أو زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصي وبيع العروض في معنى حفظه وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته أيسر وهنا الولاية للقاضي على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيأ من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي أن محمدا ذكر قول أبي حنيفة في الامالي وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع أن الحاجة الى ذلك ليس من أصول الحوائج واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير وللوصي بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعني من الاب والجد وان علا (والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته) لان لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضي ان كان المال عنده أو تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب فانهم كانوا مأذونين شرعا أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الاول أعني المستحقين بلا قضاء (الاولاد الصغار والاناث الكبار) اذا لم يكن لهم مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها

قضاؤه في فصل مجتهد فيه فينفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر أم لا فاذا رآه القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف (قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (قوله ومعناه) أي ماليته فتحصل ماليته في ثمنه فلذلك يأمر بحفظ ثمنه (قوله وهو ممكن) أي حفظ الصورة ممكن (قوله فمن الاول) وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء (قوله ومن الثاني) وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء الاخ والاخت والخال فانه لا تجب نفقة هؤلاء الا بقضاء أو

بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف (قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي)

القضاء بالموارث من شرح الاتقاني وأحال على المختلف انه قيل يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده

ومن الثانى الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب هذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما ظاهرا الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضى لان القاضى نائب عنه

بالحاجة وهى تنعدم بالغنى (ومن الثانى) يعنى من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أى قول القدورى (من ماله يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله) عين المطعوم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر) أى غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى (فان كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منها) ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (اذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضى (فان كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحدا (يشترط اقرار) من فى جهته المال بالآخر الذى ليس ظاهرا فيقر فى الاول عند القاضى أن هذه زوجته وهذا ولده وفى الثانى بان له عندى وديعة أو على دينا (وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذى قال به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيأ عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا فى الدين أيضا قلنا المودع مقر بان ما فى يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما فى يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما فى يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس فى الوديعة والدين خاصة بل فى جميع أموال المفقود وقد يقال أيضا فى جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبى سفيان وقد أسلفناه قال فيه خذى من ماله ما يكفيك ويكفى بنيك بالمعروف اذ هو يفيد مطلقا جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت فى الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيه آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضى يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضى لان القاضى نائب عنه) فكان له أن يامر هؤلاء بالقبض وليس القاضى نائبا فى الحفظ فقط بل فيه وفى ايفاء ما عليه من الحقوق أيضا ثم لا يحتاج فى ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له أن يوفى ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا أعطاهم بلا أمره فان قيل ينبغى أن لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من فى عيال المودع برئ أجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن أن ياخذ القاضى منها كفيلا لاحتمال انه طلقها

رضاء لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخذ من غير قضاء أو رضاء (قوله فان كانا ظاهرين) أى الدين والوديعة والنسب والنكاح جعل الوديعة والدين واحدا والنسب والنكاح واحدا فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هو الصحيح) ذكر هذه المسئلة فى كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانا مقرين بالوديعة

ظاهر (قوله ومن الثانى الاخ والاخت) انما كان من الثانى لانها نفقة ذى الرحم المحرم وهى مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء أو الرضا) ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا وقوله (فاذا لم يكن ذلك) يعنى الملبوس والمطعوم فى ماله (قوله وهذا)

أى الذى ذكرناه من انفاق القاضى عليهم من الدراهم والدنانير (اذا كانت فى يد القاضى) قوله (وهذا) أى الاحتياج الى الاقرار (انما هو اذا لم يكونا) أى الدين والوديعة أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيأ واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منهما عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما فى يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما فى يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما فى يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله (لان القاضى نائب عنه) اعترض عليه بان القاضى نائب عن الغائب فى القبض للحفظ ولا حفظ فى القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا وأجيب بان القاضى نائب عنه فى ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه فى الحفظ ولهذا جاز له أن يوفى ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه فى الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضى وجب أن لا يضمن لانه دفعها الى من فى عيال المودع ولا ضمان عليه فى ذلك أجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وان

وقوله (لان ما يدعيه للغائب) معناه أن الخصومة لا تسمع الا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكل وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه للغائب لم يتعين له سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) ولا يكون النائب حكما الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصة من استهوته الجن أي جرته الى المهاوي وهي المهالك ماروى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال أكلت خزيرا في أهلي فخرجت فأخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم أتوا بي قريبا من المدينة فقالوا أتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب قد أبان امرأتي بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة) والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيتعين في حقه المدتان في التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين (عملا بالشبهين)

وان كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين

قبل ذهابه أو عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب أخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا (فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلا) أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة الزوجة أو الاب أو الابن (خصما في ذلك) أي في اثبات الدين أو النسب أو الوديعة باقامة البينة على شئ من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولا ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة (لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في أدب القاضي (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة) وان كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة) فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك وهذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة أن رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امرأته عمر فامرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فكنت أربع سنين ثم أتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم أمرها ان تعتد أربعة أشهر وعشرا وروى مالك في الموطا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل وأسند ابن أبي

والدين والنكاح والنسب وهنا شرطا الاقرار بما ليس بظاهر منهما وليس هذا اختلاف الرواية فان تاويل ماذكر في كتاب النكاح أنه لم يكن شئ منهما ظاهرا عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة الى هذا التاويل ونفي اختلاف الروايتين لان للقاضي ولاية القضاء بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب (قوله أخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء) لشبهه به لان حقها في الجماع يفوت بصنعه وهو السفر كما يفوت ثمة بصنعه وهو

قوله (قال اكلت خزيرا) أقول بالخاء المعجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول يتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع انه قال تعتد عدة الوفاة فالاولى حذف قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول اي اخذ مهر المثل من الزوج الثاني (قوله وبين المولى وامرأته) أقول في التركيب شئ الا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فان العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول في أظهرية من عذر العنين تامل اذ انه يقال اقدامه مع عنته على التزوج نقص من عذره (١) خ انخيل اه

(قوله ولنا) ظاهر وحاصله ان البيان فى الحديث المرفوع الى النبى عليه الصلاة والسلام مجمل وقول على رضى الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم (قوله وعمر رضى الله عنه رجع الى قول على رضى الله عنه) رواه ابن أبى ليلى (قوله ولا معتبر بالايلاء) جواب عن قياس مالك فى صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل (قوله ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنه وتقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجو قبل مضى أربع سنين وبعده (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة) اختلفت روايات أصحابنا فى مدة المفقود فروى الحسن عن أبى حنيفة انه ما مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة وفى ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه فى الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه فى جميع الدنيا أو فى الاقليم الذى هو فيه ذكرناه فى شرح الفرائض السراجية وفى المروى عن أبى يوسف بمائة سنة لان الظاهر أن لا يعيش أحد فى زماننا أكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو أفعل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول على رضى الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضى الله عنه رجع الى

شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا فى امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا وأسند ابن أبى شيبة عن جابر بن زيد تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولى زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان) أخرجه الدارقطنى فى سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفى بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبى حاتم عن أبيه أنه يروى عن المغيرة مناكير أباطيل وقال ابن القطان وسوار بن مصعب أشهر فى المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول على قول عمر وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمى عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضى الله عنه قال فى امرأة المفقود هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق أنبأنا معمر عن ابن أبى ليلى عن الحكم أن عليا مثله وقال أخبرنا ابن جريج قال بلغنى ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظر أبدا وأخرج ابن أبى شيبة عن أبى قلابة وجابر بن زيد والشعبى والنخعى كلهم قالوا ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته وقوله ولان النكاح الخ الحاصل ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر الى ما تقدم وذهب على رضى الله عنه الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والشان فى الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف فى مرجح آخر فقال (ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضى الله عنه رجع الى قول على ذكره ابن أبى ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر الى قول على امرأة المفقود وامرأة أبى كنف والمرأة التى تزوجت فى عدتها وقولنا فى الثلاث قول على رضى الله عنه فامرأة المفقود عرفت وأما امرأة أبى كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فانت أحق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لى اليها حاجة فخلوا بينى وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير بكتاب عمر فعرفوا انه جاء بأمر بين وهذا أعنى عدم ثبوت الرجعة فى حقها اذا لم تعلم بها حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثانى لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول على ان مراجعته اياها صحيح وهى منكوحته دخل بها الثانى أولا وأما المرأة التى تزوجت فى عدتها فالمرأة التى ينعى اليها زوجها فتعتد وتتزوج وكان مذهبه فيها اذا أتى زوجها حيا يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه الى قول على وهو ان يفرق بينها وبين الثانى ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا

الايلاء والسنة من العنة اذ حقها فى الجماع فات بسبب هو معذور فيه وهو الغيبة لانها مباح كما فات حقها ثمة بالعنة وهو معذور فيه (قوله خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع) يعنى قول على رضى الله عنه حتى يستبين موت

قول

(قوله والطبيعة لا تنحل الخ) أقول فى كلامه اشارة الى ان قلما فى كلام المصنف للنفى (قوله فطريقه) أقول أى فطريق معرفته (قوله وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناء مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشئ من المقدرات الخ) أقول من القدر لا من القدرة (قوله لانه لو لم يقدر الخ) أقول تعليل لتقييد شئ بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين

قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاودة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشئ والارفق أن يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (و يقسم ماله بين ورثته

يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال (ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال (ولا بالعنة) لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس أن لا يقدر بشئ (والارفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر وأما ما قيل ان هذا يرجع الى قول أهل الطبائع فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره فمما لا ينبغي أن يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السالفة للبشر بل لا يحل لاحد أن يحكم على أئمة المسلمين انهم اعتمدوا في قولهم على أمر هم يعترفون ببطلانه و يوجبون عدم اعتباره في شئ من الاشياء و وجه ظاهر الرواية انه من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا ينبني الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ الى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون ان المعتبر موت أقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجرائه سبحانه وتعالى العادة ولذا قالوا ان الصقالبة أطول أعمارا من الروم فانما يعتبر باقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من البلدان بخلافه من بلده فانما فيه نوع حرج محتمل وأما المروي عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال أنا أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخية هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان بمثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر

أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في الحديث المرفوع أن المراد من ذلك البيان ظهور موت المفقود أو طلاقه (قوله يقدر بموت الاقران) لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء و بقاؤه بعد موت كل أقرانه نادر و بناء الاحكام الشرعية على الظاهر و يعتبر موت أقرانه في بلده لان التفحص عن حال الاقران في كل البلدان متعذر (قوله و الاقيس أن لا يقدر

التعيين أن لا يقدر بشئ من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشئ أصلا لتعطل حكم المفقود والارفق أن يقدر بتسعين لانه أقل ما ذكر فيه من المقادير (قوله واذا حكم بموته) ظاهر

(قوله والارفق الى قوله لانه الخ) أقول في التعليل نوع قصور والاولى أن يضم اليه والتفحص عن حال الاقران انهم ماتوا أولا غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي ولكن لا يخفى ان سلب الامكان انما يصح اذا اعتبر اقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية انه ذهب بعضهم الى انها سبعون سنة لما ورد في الحديث المشهور في أعمار هذه الامة ففي تعليل الشارح بحث الان يقال المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليتامل

الموجودين فى ذلك الوقت) كأنه مات فى ذلك الوقت معاينة اذ الحكمى معتبر بالحقيقى (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده) لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين و يوقف الباقى وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن و بنت ابن والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا

وروى انه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب فى أعمار أهل زماننا هذا وهذا لا يصح الا أن يقال ان الغالب فى الاعمار الطوال فى أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأى فى ان الغالب هذا فى الطول أو مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف (والارفق) أى بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرفق منه التقدير بستين وعندى الاحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار أمتى ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأى القاضى فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كأنه مات فيه معاينة اذ الحكمى معتبر بالحقيقى (قوله ومن مات منهم) أى ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أى قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجرى مناسخة فترث ورثته من المفقود (لانه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت) يعنى وقت موت ذلك الاحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق) بل فى دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا فى حق نفسه فلا يورث ماله فى حال فقده ميتا فى حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصى) فى حال فقده قال محمد لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به الى أن يقضى بموته فاذا قضى به جعل كأنه مات الآن وفى استحقاقه مال غيره كأنه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت فى مال غيره (قوله ثم الاصل انه اذا مات من يحيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبيه و يوقف الباقى) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شئ (بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (فى يد أجنبى وتصادقوا) أى الاجنبى

بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه والاصوب الارفق أن يقدر بتسعين لانه هو الغاية فى زماننا والحياة بعدها نادرة ولا عبرة للنادر (قوله ولا يرث المفقود أحدا مات فى حال فقده) وحاصله أنه حى فى حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كما لو عاينا حياته ميت فى حق غيره حتى لا يرث أحدا لان حياته تثبت بالاستصحاب فانا علمنا حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا وفى الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا ولان حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره و يدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قولنا لا يرث المفقود أحدا أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود أما نصيب المفقود من الارث فموقف لان حياة المفقود محتملة والمحتمل يكفى للتوقف كما فى الجنين فان ظهر حيا علم أنه كان مستحقا وان لم يظهر حيا حتى بلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا (قوله والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا

فانى لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية أخت الميراث وفى الميراث تحبس حصة المفقود الى أن يظهر حاله فكذلك فى الوصية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أى الورثة المذكورون والاجنبى وانما قيد بالتصادق لان الاجنبى الذى فى يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد أقر بأن ثلثى ما فى يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع اقرار ذى اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيأ بهذا القول و يوقف الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا أقر من فى يده المال أما لو جحد أن يكون المال فى يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثا لهما ولأخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما فى هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف و يوقف النصف الباقى على يد عدل لان الذى فى يده يجحد وهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال فى يد أجنبى لانه اذا كان فى يد الابنتين

والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيا من أيديهما الان النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه و يريد بقوله ولا يقف منه شيا للمفقود أن لا يجعل شيا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدى الابن المفقود فطلبت البنتان ميراثهما واتفقوا على أن الابن مفقود فانه تعطى البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقي في يدي ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لابيهما الا انا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به قوله (ونظير هـذا) يعني المفقود الحمل في حق توقف النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض قوله (ولو كان معه) أي مع الحمل (وارث آخر) ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير فرضها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا تعطى كالابن والاخ أو العم فانه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الاخ والعم شيا لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيا لذلك

على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى

والورثة (على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به) لان أخاهما المفقود ان كان حيا فلهما الثلث فالنصف متيقن فتعطيانه (ويوقف النصف الآخر) في يد الاجنبي الذي هو في يده (ولا يعطى ولد الابن شيأ) لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي (الا اذا ظهرت منه خيانة) بان كان أنكر ان للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع في يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شئ للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في أيديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما فان ظهر حياته أخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما ادعياه بالاقرار بفقده ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان أباهما مات لم أدفع اليهما شيأ حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده فاذا قامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين واولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف (ونظيره) أي في وقف الميراث عند الشك في المصيب (الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) واحترز به عما روى عن أبي حنيفة انه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابي

على فقد الابن) أي تصادق الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذي في يده المال قد مات المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد أقر بان ثلثي ما في يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول أولاد الابن أبونا مفقود لانهم لا يدعون لانفسهم بهذا القول شيأ ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا أقر من في يده المال أما لو جحد أن يكون للميت مال في يده فاقامت الابنتان البينة أن أباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يديه جحد فهو غير مؤتمن عليه هذا اذا كان المال في يد أجنبي وأما لو كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيأ

قال المصنف (ولا ينزع من يد الاجنبي الخ) أقول وفي العقار خلاف سياتي في فصل القضاء بالمواريث اذا جحد من في يده والظاهر ان المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحود وان كان المفهوم من كلام بعض الشارحين انها هو هنا (قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا الخ) أو عما نقول لم يذكر ابن الابن هنا لانه علم حاله آنفا مما ذكره في المفقود

ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كما فى المفقود وقد شرحنا فى كفاية المنتهى بأتم من هذا والله أعلم

(كتاب الشركة)

اسمعيل أربع بنين فى بطن واحد وعماعن محمد ميراث ثلاثة بنين وفى أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبى يوسف وعن أبى يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه المتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن (وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى) شيأ (وان كان ممن يتغير يعطى الاقل المتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا وأخا وعما لا يعطى شيأ لان الاخ يسقط بالابن وجائز أن يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيأ ولو ترك حاملا واما وزوجة تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الام الثلث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الربع والله الموفق للصواب

(كتاب الشركة)

هو باسكان الراء فى المعروف أورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفى الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها وأولاه الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة فى تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف فى فيقال اشتركا فى المال أى حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أى تعلق به اشتراكهما أى خلطهما وركنها فى شركة العين اختلاطهما وفى شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط

المفقود ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيأ من أيديهم الا لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الثانى للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيأ المفقود أى لا يجعل مما فى يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال فى يد ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لابنتيهما لانه لا يدرى من المستحق لهذا الباقى كذا فى النهاية وفى آخره كذا فى المبسوط والذخيرة (قوله ولو كان معه وارث) أى مع الحمل وارث (قوله ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه حتى اذا ترك امرأة حاملا وجدة فللجدة السدس لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كابن الابن أو الاخ أو العم حتى انه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الاخ والعم شيأ لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما ترثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس المتيقن كما فى المفقود وهو أنه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا فى الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك اذا ترك أخا وابنا مفقودا لا يعطى للاخ شئ وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما فى الحمل والله أعلم بالصواب

(كتاب الشركة)

هى عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم يطلق اسم الشركة على

وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما ترثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما فى المفقود يعنى انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا فى الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيأ وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما فى الحمل والله أعلم

(كتاب الشركة)

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين فى الشركة ذكرها عقيبه وهى عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمى العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له

(كتاب الشركة)

(قوله وهى عبارة عن اختلاط نصيبين الخ) أقول فيه تسامح فان الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب

(الشركة جائزة) لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالاجنبى) وهذه الشركة تتحقق فى غير المذكور فى الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

فاذا قيل شركة العقد بالاضافة فهى اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلى الذى هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء أى من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام اخبارا للخصمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره فى شريعتنا وأما السنة فما فى أبى داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبى السائب أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارئ ولا تمارى وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان ٧بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبى صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخى وشريكى كان لا يدارئ ولا يمارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالا فى الجاهلية لا تقبل منك وهى اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صيفى بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلى فيه انه كثير الاضطراب فنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا الاضطراب لا يثبت به شئ ولا تقوم به حجة انما يصح اذا أراد الحجة فى تعيين الشريك من كان أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربى فى كتابه غريب الحديث يدارئ مهموز فى الحديث أى يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعنى أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثانى ما فى أبى داود ومستدرك الحاكم عن أبى هريرة رضى الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما زاد رزين وجاء بدا الشيطان وضعفه القطان بجهالة والد أبى حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبى حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبى حيان مرسلا ورواه الدارقطنى يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما ولاشك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبى صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الحمل من القدورى القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا أو ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربى علك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بان انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين علكانها كان شاملا الا أن بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة فى الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعى لا علك وقد يقال بل علك شرعا ولذا اجاز هبته ممن عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى أحدهما شيأ كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن يعطيه شيأ على أنه قضاه وأخر الآخر قالوا والحيلة فى اختصاص الآخذ

العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط وشرعيتها بالسنة فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يباشرونها فقررهم عليه واجماع الامة والمعقول فهى طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع

والشركة جائزة لان النبى عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهى على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة الاملاك العين) أقول أى شركة العين فالمضاف مقدر قال المصنف (يرثها رجلان أو يشتريانها) أقول قوله يرثها صفة العين كما فى قوله تعالى كمثل الحمار يحمل أسفارا

٧قوله ابن خثيم بضم الخاء كما فى أسماء الرجال لابن حجر اهـ

خلطا يمنع التمييز رأسا أو الايعرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الا باذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الاسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وأيضا فالزوال الى الخالط عينا الا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك الآخر عند البيع من الاجنبي بل المترتب عليه اعتباره زائلا الى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يتبين به أي تعد هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع ألفا الى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر فان كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ

وقوله (خلطا يمنع التمييز رأسا) كخلط الحنطة بالحنطة أو الايخرج كخلطها بالشعير وقوله (فانه لا يجوز) يعني البيع (من الاجنبي) الا باذن شريكه وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين

بالكتاب (قوله خلطا يمنع التمييز رأسا) كخلط البر بالبر أو الايعرج كخلط الحنطة بالشعير (قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) والفرق وهو أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك من المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه فاعتبر نصيب كل زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وهذا

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

كى لا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولا للمعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصيلا في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله ثم هي) أى شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر ان العقد اما أن يذكر فيه مال أولا وفي الذكر اما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما أن يشترط العمل في مال الغير أولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى (قوله فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة

أولى من عكسه لان التصرف مع الشريك أسرع نفاذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالميراث وما يجري مجراه لانه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذا في مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى ولان الشركة اذا كانت من الابتداء بينهما بان اشتريا حنطة أو ورثاها كان كل حبة بشارالها مشتركة بينهما فبيع أحدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان بيعه من صاحبه أو من الاجنبي أما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط أو الاختلاط فكل حبة يشار اليها ليست بمشتركة بينهما لان تلك الحبة بجميع أجزائها تكون لاحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها الا مخلوطا كلا لما أن كل حبة ليست بمشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لاختلاط المبيع مع غيره أما اذا كان بيعه من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية في كتاب القضاء (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) لان كل واحد من الشريكين يكون وكيلا عن الآخر في نصيب ما يشتريه ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الوكالة كالاصطياد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتركا فلا يتحقق حكمه المطلوب منه وهو الشركة في المال فلهذا لم تصح الشركة فيه (قوله لا يصلح الناس فوضى البيت) أى لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساويين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين تتحقق المنازعة بينهم لانه اذا لم يكن فيهم أمير مطاع في أمره ونهيه كان كل واحد منهم

وقوله (قابلا للوكالة) احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا الا على وجه الاشتراك أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أى من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا أن يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه يقتضي عقد الشركة وقوله ثم هي أربعة أوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما أن يذكرا المال في العقد أولا فان ذكرا فاما أن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أولا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما أن يشترط العمل فيما بينهما

فى مال الغير أولا فالاول الصنائع والثانى الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا
كانوا متساوين تحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عز يز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع السرى

أى متساويين فلابد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا فى التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملك الآخر فات التساوى وكذلك فى الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا تجوز وهو قول الشافعى وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة

المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى فى ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هى من التفويض أو الفوض الذى منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودى

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعده اذا تولى سراة الناس أمرهم * نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعد تهدى الامور باهل الرأى ما صلحت * فان تولت فبالجهال تنقاد

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما فى قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب فى راكب والسرى فعيل جمع على فعلة بالتحريك وأصله سروة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وأصل سرى سريو اجتمعتا وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت فى الياء وسيأتى وجه المساواة (فلابد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى فى مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما أن يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت فى المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشترى فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشتريا بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففى القياس تفسد المفاوضة وفى الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتهما ألف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذى يلزم فيه التساوى ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوى فى التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوى وكذا فى الدين لما نبين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة فى قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة) وهذا

مستقلا برأيه فتحقق المنازعة ولا سادة اذا ساد الجهال (قوله فلابد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء) لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا فى الانتهاء (قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه) أى ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والدنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه أى ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون (قوله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة) وهو

وقوله فلابد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه وأما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء المفاوضة تشترط المساوات فكذا فى الانتهاء (وقوله وذلك) أى تحقق المساواة فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة فى المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما

قال المصنف (وكذا فى التصرف) أقول عطف على قوله وذلك فى المال قال المصنف (وكذلك فى الدين) أقول عطف على قوله وذلك فى المال (قوله لما نبين ان شاء الله تعالى) أقول اشارة الى قوله ولا بين المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) أقول قال فى الكافى وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور ورد هذا بان قوله لا أدرى ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث وجه

وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه أعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس

لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذى ذكرتموه فى الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهى أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف فى غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوى فى المالين وممن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبى وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازى (وجه) قولهما وهو وجه (القياس أنها تضمنت الوكالة) بشراء (بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل فى شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة) أى ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف فى كتب الحديث أصلا والله أعلم به ولا يثبت به حجة على الخصم وانما أخرج ابن ماجه فى التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفى بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحربى فى كتاب غريب الحديث وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ماذكره من (أن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس) لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التى ذكرتم من المساواة فى جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لانها انما تثبت (تبعا) والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا (كما فى المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام وانتظم الكلام الكلى وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة المجهول وفصل الجواب فيها فى المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصنف انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد ان يتعين المكفول له فاكتفى بنفى الالزام بما ذكر من ان الشئ قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعا أخذا من هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مانع فيه فى الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشئ اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن أين اشتراط المساواة فى المال قلنا هذا أمر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة فى صورة يكون الشريكان متساويى المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما فى صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سمينا الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة فى ثبوت الشرط المذكور

تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور (قوله وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد) كما اذا قال وكلتك بشراء شئ وكما لو قال كفلت عنك ما بايعت الناس أو غصبت من الناس فعند الانضمام أولى فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع ما شئت يجوز له أن يتصرف فى ماله قلنا العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما يكون توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله وبه يترك القياس) أى بالتعامل يترك القياس كالاستصناع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بلا نكير كالاجماع

اذا قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع ما شئت فانه يجوز له أن يتصرف فى ماله أجيب بان العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله والجهالة متحملة تبعا كما فى المضاربة) يعنى الوكالة بمجهول الجنس موجودة فى المضاربة وهى جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا ألا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشترى به كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله (لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ) يوضحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لتحقق التساوى أى فى كونهما ذميين وقوله (ولا تجوز) أى المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر

والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة (ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز أيضا لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة

لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في أمر الشركة فاذا ذكراها تثبت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراها العدم تحقق رضاهما باحكامها الا أن يذكرا تمام معناها بان يقول أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا منا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقدا بلفظ المفاوضة و بعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفى من شروط العنان و يكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان (قوله وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا) ان فيه للوصل وقوله (لما قلنا) أي لتحقق التساوي اذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة

و يترك القياس بالاجماع (قوله والجهالة متحملة تبعا) أي لغيرها وهي المساواة لان المفاوضة تقتضي المساواة على ما مر ولا تثبت المساواة الا بعد أن يصير كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه وهذا جواب عن وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فاجاب أن ما لا يثبت مقصودا جاز أن يثبت تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشراء مجهول الجنس اذا لم يبينا نوعا ومثل هذا أيضا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء شيء مجهول الجنس لا يصح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك (قوله لان المعتبر هو المعنى) ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة (قوله والآخر مجوسيا) فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسي يتصرف في الموقوذة والكتابي لا والكتابي يوجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسي لا قلنا ان من يجعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحققت المساواة والجواب عن الثاني أنه لو آجر الكتابي نفسه يجوز و يطالب به المجوسي وان لم يقدر على ايفائه بنفسه لانه يقدر على الايفاء بالغير وهو المعين أو الاجير وكذا لو آجر المجوسي يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا عقدا عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا بما على الآخر وان لم يقدر بنفسه (قوله لما قلنا) أي لتحقق التساوي (قوله الا باذن المولى) فان قيل لما أذن له المولى في الكفالة يثبت التساوي بينه و بين الحر قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا تجوز كفالته بعدما كفل بمقدار قيمته كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله (قوله

واعترض على قوله وانهما أنه لا تساوى في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة وأما مؤاجرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل أن يشترى الخمر أو الخنزير بنائبه كما سيجيء في كتاب الوكالة وجوابه أن اجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتامل

و يتفاوتان

ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال

ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره) أي عقد الشركة بين المسلم والكافر (لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود) ولا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في أكل الحرام) وقوله الا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفي الحكم عما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التي يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو استدراك من الجواز فان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أي لكنه مكروه وهو بعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رأوه بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر فالحمار لم يجئ في قولك جاؤا الا حمارا فيقتضي اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس ماله خمورا وخنازير يصح ولو اشتراهما المسلم لا يصح) لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما ملكان لم يجب عنه وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد ماليتها دون الكتابي وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي وأجيب بان منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فتتحقق المساواة في التصرف وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل قياس قول أبي يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعني ولو أذن وليهما لانهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرطا عدم الكفالة تصير عنانا وان عما التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة (قوله وتنعقد) أي المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما الآخر (أما انعقادها على (الوكالة فلتحقق غرض الشركة) وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح (وأما الكفالة فلتحقق المساواة) التي هي مقتضى المفاوضة (فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما)

الا أنه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود) أي يكره مشاركة المسلم الذمي لان الذمي لا يتوقى العقود الفاسدة فربما يصير سببا لوقوع المسلم في المحرم والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي أن المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه بين الحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فتتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف كذا في المبسوط (قوله ولا يشترط ذلك في العنان) من صورة المسئلة اذ هو أي العنان وفي المبسوط أن العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا بخلاف المفاوضة فانها عامة لا غير وفي الايضاح وكل موضع

وقوله (ولا بين الصبيين) يعني وان أذن لهما أبوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (اذ هو) أي العنان (قد يكون خاصا وقد يكون عاما) يعني قد يكون عاما في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة (ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم (قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أي تنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال (على ما بينا) يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة هي على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر واليه أشار بقوله لتتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله (لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على

الشركة وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أى لبائع الطعام والكسوة (قوله فمما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا فى تجارتهما أودابة أوشيأ من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ أيهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا الى مكة يحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيهما شاء الا أن شريكه اذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وأما فى شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطالها ارش مقدر واستحلفه فلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شئ ولا خصومة المجنى عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين

قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة و بقيت على مقتضى القياس فليتامل قال المصنف (فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول قال الاتقانى ولنا فى عبارة صاحب الهداية نظر لأن حق الكلام أن يقول فمما يصح فيه الاشتراك ثمن المشترى وأجرة ما استأجر لأنه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارش الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هى الديون الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها الى آخر ما قال فيعلم بادنى فكر ان شاء الله تعالى اهـ وفيه بحث وفى قوله لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث لأن الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لا فى الدين الواقع بدلا عنه فينبغى أن يقول فمما يصح الاشتراك فيه المشترى والمستأجر وقس عليه

(ومايشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما الا ما استثناه فى الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة و يرجع الكفيل على المشترى بحصته مما أدى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء

بسبب ما هو من أفعالها ومايشبه ما هو تجارة (ومايشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وادامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشترى بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء باذن شريكه فانه يختص بها على ما سيأتى فى آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فان الحاجة الراتبة معلوم وقوعها) أى المستمرة من قولهم رتب الشئ اذا دام ومنه أمر ترتب أى دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل

فقد شرط من شروط المفاوضة وذلك ليس بشرط فى العنان كانت الشركة شركة عنان لان شركة المفاوضة أعم أى فى الشروط من شركة العنان فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا بطل معنى العموم بقى معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظة المفاوضة كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم (قوله لما بينا) أن مقتضى العقد المساواة الخ (قوله وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) أى ولبائع الطعام والكسوة أن يأخذ بثمن الطعام والكسوة أى الشريكين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشترى باشر بسبب الالتزام والآخر كفيل عنه بما لزمه بالشراء بسبب شركة المفاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجودا بسبب على حدة فيطالبه لذلك ولان فى عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة فى أن لا يقع عقد أحد الشريكين متضمنا للكفالة فتثبت الكفالة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشترى بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشترى خاصة وقد قضى من مال الشركة (قوله فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار) ولا فرق بين أن يكون الاستئجار واقعا على الشركة أو لحاجة المستأجر خاصة ذكر فى المبسوط وصورة الاستئجار هى أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا فى تجارتهما أودابة أوشيأ من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ بالاجر أيهما شاء لان

والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقالا لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث

الآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة أما ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدينه وان شاء أخذ به شريكه وضمان التجارة كثمن المشترى في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو وديعة اذا جحدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزم صاحبه لانه) أي الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره في الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه توى المال أو لم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولابي حنيفة انه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكراه يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون

الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فالمؤجر أن يأخذ أيهما شاء ان شاء أخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء أخذ شريكه لكفالته عنه (قوله والخلع) صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها (قوله وصار كالاقراض والكفالة) في المبسوط في أول باب بضاعة المفاوض واذا أقرض أحد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه لانه متعد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة (قوله لم تصح ممن ذكره) أي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب

صورة غيره (قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعني وحاجتنا ههنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمة في الابتداء بانه هل يلزمه أولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة يحتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبي (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والمجنون الخ) وأما

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعني انما قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول تعليل لكون الكفالة معاوضة في البقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقاني أي ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكراه بضمير الاثنين أو كان القياس من أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اه والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليهما بتاويل المذكور بل من ذكر

الاقراض فعند أبي حنيفة يعني أن فيه روايتين قال في المبسوطات أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا ان اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره (قوله في الصحيح) اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث في شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلمع تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بان محمدا مع أبي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك للشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه و وجه قول أبي يوسف قال ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة

من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لانه معاوضة انتهاء

مبنيا للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في المأذون كالمشتركة بينه و بين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء و بقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيأ في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية (فيكون لمثلها) أي لمثل الدراهم أو الدنانير المقروضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم أن يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أي أمر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره أو لا (قوله وضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كما نقله آنفا لابي يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبيا حرا وكذا المكاتب و يواخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل

(قوله وأما الاقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله) ذكر في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولو سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا أن اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه قلنا انما لا يلزمه لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا أن لما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم في الاقراض الاجل (قوله ومطلق الجواب في الكتاب) وهو قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائمه قوله فيما سيأتي لهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتامل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعترض الاتقاني والكاكي

فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون له ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء وقوله (وان ورث أحدهما مالا) بالتنوين أي المال الذي تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف رحمه الله تامل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

قال (وان ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له و وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيه ابتداء و بقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

قابل للتملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا و وجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبي حنيفة و يلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما وسيأتي ان شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي أي المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء و بقاء وانما كان ما هو شرط ابتدائها شرطا لبقائها لكونه أي عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها فسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان ابقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أجيب بان القياس في الاجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان نذكر فروعا من

لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله محمول على المقيد وهو الكفالة بامر المكفول عنه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد مع أبي حنيفة رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك ومع أبي يوسف رحمه الله في الكفالة لابي يوسف رحمه الله في ضمان الغصب والاستهلاك أن هذا الضمان واجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك وأنه لا يحتمل الشركة وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي المأذون والمكاتب به وهذا لانه بدل مال يحتمل للشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكي المفاوضة ملتزما له فيجب عليه (قوله وان ورث أحدهما مالا الى قوله

(قوله فانه يجب باصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذ المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبي (قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول المعترض صاحب النهاية

شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب * أمر رجلا أن يشتري عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد
أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه
بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما
الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج
الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك
في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه
المأمور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شئ للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث
لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني أن يشتريه
بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل
ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخران يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بمثل
نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في
الثلث الا أن يبين خلافه ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم أثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا
فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشترين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف
العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين أشركاه سوياه بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو أشركه
أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر
وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد الشريكين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فاجاز
شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في
كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى
ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري
لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال
أشركتك في نصيبي فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو
قال أشركتك بنصيبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبني على
صيرورة المشتري بائعا للذي أشركه وهو استفاد الملك منه فانبنى على هذا ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى
أشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه
ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي أشركه لان لفظ
أشركتك صار ايجابا بالبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع
وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي هو له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بامره ولا شئ
له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيأ ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك
فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا
انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف
اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لآخر أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو
فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان
مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات
كان من مالهما فان اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان

و وصل الى يده اعلم أنه اذا وصل الى يد أحد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدراهم والدنانير
بالارث أو الهبة أو الصدقة تبطل المفاوضة وتصير عنانا لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمفاوضة
ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة أو بما

(فصل) ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل

بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما الشريكه في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا النصف بالف ولو قال بعتك بالف على أن لي نصفه كان بائعا النصف بخمسمائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعتك نصفه بالف فاما قوله على أن لي نصفه فحاصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيدا تصح كما في شراء رب المال مال المضارب بثمن المضارب فكان كالمشتري هو ومال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري *(مسئلة)* اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول وأما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذا الثاني بوضعه أنا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلابد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل من المبسوط

(فصل) لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعرض المثلي وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحماد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع الى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا أنه لابد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه ولو ثبتت وضيعة وقيد بالدراهم

يشبهها بثبوت الوكالة في ذلك وهذه الاسباب ليست بتجارة وانما تبطل المفاوضة اذا قبض الدراهم أو الدنانير فان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لا يصلح رأس مال المفاوضة فاذا قبض الآن ازداد مال أحدهما من جنس رأس مال المفاوضة فتبطل المفاوضة بهذا وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وبهذا وضح أن قوله في الهداية و وصل الى يده يرجع الى الهبة والارث والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) فان قيل ان أراد أن شركة المفاوضة لا تصح الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجوه والتقبل تصير مفاوضة وعنانا ولا مال فيهما فقد ذكر في المبسوط أن شركة الوجوه والتقبل كل واحد منهما يكون مفاوضة وعنانا وأشار الى ذلك

(فصل) لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لان الكلام فيما اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون تفريعا على قول من يقول بها كصنيع أبي حنيفة في المزارعة ثم

(فصل) (ولا تنعقد الشركة الخ)

قوله (لانهاعقدت) يعنى الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعنى أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يابى جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكأن ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل فى ذلك الربح فلا تصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما فى الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل فى ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما فى مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدى الى ربح مالم يضمن) وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة فى العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين فى الربح الذى حصل فى مبيع أحدهما فحينئذ يأخذ الذى باع

والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح مالم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه فى ذمته اذ هى لا تتعين فكان ربح ما يضمن

والدنانير لاخراج الحلى والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة الا فيما سنذكره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدورى والحاكم أبو الفضل فى الكافى فيها خلافا بل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخى الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليست ثمنا فى الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبى يوسف الاول وقال المصنف (قالوا) يعنى المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين احداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتى الوجه والتقييد باعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس ووجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن) فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس مال الشركة) فى العروض والمكيل والموزون (يؤدى الى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذى هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد ثم وكيل عن صاحبه فى الشراء بماله وما يشترى به كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعين فيكون واجبا فى ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة كثياب الكرباس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك فى كل ثوب وحبة مثلا فاذا باع عاجلة فى وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم

فى الكتاب أيضا وان أراد مطلق الشركة فينتقض بهما أيضا قلنا أريد بالشركة شركة المفاوضة اذ الكلام فيها والمعنى أن شركة المفاوضة اذا كانت فى المال يجب أن يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة لان المفاوضة لا تكون الا فى هذا المال (قوله بخلاف المضاربة لانها جوزت بخلاف القياس) لما فيها من ربح مالم يضمن لان مال المضاربة غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد نهى النبى عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضارب له نصيب من الربح فاقتصر على مورد الشرع وهو عقد

رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشترى كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن فى الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما فى ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معا فمحال

(قوله لانها عقدت يعنى الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضى جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فان مالكا يشترط الخلط وتحققه فى الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول فى النهاية فى كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا أن يثبت عنه روايتان اهـ ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما فى غاية البيان فى كتاب المضاربة قال المصنف (لان القياس يأباها لما فيه من ربح مالم يضمن الخ) أقول ولان لزوم ربح مالم يضمن فى الشركة اذا كان الشراء بالنقدين فى غاية الظهور على مذهب مالك فان عنده يلزم فى المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل فى دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر والفرق هو انه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدى اليه وفيه تأمل (قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا لان بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على قرره الا انه فرار من المطر الى الميزاب فليتأمل

(قوله ولان أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره الى ربح مالم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله (قالوا هذا) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (باعيانها) لتظهر ثمرة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية وأما اذا كانت باعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى قوله (والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلوس النافقة قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة

ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيأ بماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا أن يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات

أن عند ما بيع من الاجزاء وقبضه المشتري متساويان بل الظاهر أنهما متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيأ بماله على أن يكون الآخر شريكا فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفي ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها) ولابي حنيفة وأبي يوسف (ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنتفي بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا انما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيأ بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهلاكها كما قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاسبيجابي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما

المضاربة (قوله باعيانهما) انما قيد بها لتظهر ثمرة الاختلاف لانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لوجود النسيئة في الجنس الواحد وعند محمد رحمه الله لهذا ولمعنى الثمنية وأما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز (قوله وتصير سلعة) يعني الشركة لدوامها حكم الابتداء ولو كانت سلعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء (قوله والاول أقيس) أي كون أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اهـ لكن اذا قوبل بالنقود يراد به الذهب الغير

(قوله وهذا الماعرف) اشارة الى أن النقرة لاتتعين بالتعيين لايهما) أى الذهب والفضة (قوله الأآن الاول) يعنى رواية الجامع الصغير (أصح)
وجعل ذلك فى المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانها) أى لان مثاقيل الذهب والفضة (قوله الاآن يجرى التعامل باستعمالهما) استثناء من
قوله الأآن الاول أصح يعنى ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح الاعند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما
كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولاخلاف فيه)

وذكر فى كتاب الصرف ان النقرة لاتتعين بالتعيين حتى لاينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية
تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين فى الاصل الأآن الاول أصح لانهما وان خلقت للتجارة
فى الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لاتصرف الى شئ آخر ظاهرا الاآن يجرى
التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولاتجوز بما سوى
ذلك يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ولاخلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه
وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك فى قول أبى يوسف والشركة شركة ملك لاشركة عقد وعند محمد
تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى فى المالين واشتراط التفاضل فى الربح فظاهر الرواية ما
قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع
بها دينا فى الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين

وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين ثم قال (الأآن الاول أصح) يعنى دراية لانهما انما خلقا للتجارة (لكن الثمنية
تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حليا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم
يجر التعامل بهما ثم قال (الاآن يجرى التعامل بهما) أى بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما
لاتصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال فى الشركة
والمضاربة ثم قال المصنف قوله أى القدورى (لاتجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود
المتقارب ولاخلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضيعته) ويختص
بربحه (وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند أبى يوسف) أى لكل منهما متاعه يختص بربحه ووضيعته لانتفاء شركة
العقد والوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس فى سلعته يوضع وضيعة أى خسر
وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنسا
واحدا (وثمرة الخلاف تظهر فى اشتراط التفاضل فى الربح) فعند أبى يوسف لايصح وعند محمد يلزم
(وقول أبى يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبى حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس
مالها ومالا يصح رأس مال الشركة لايختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لايختلف فى
الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدى الى ربح مالم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط
بل يزداد تقررا لان المخلوط لايكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد
رحمه الله أنها) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من
وجه حتى يصح الشراء بها دينا فى الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) وهما

حكم العروض ولايصلح العروض لرأس مال الشركة (قوله فيهما) أى فى الشركة والمضاربة (قوله الاآن
الاول أصح) وهو رواية الجامع الصغير ولاتكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة (قوله لان عند ذلك لا
تصرف الى شئ آخر ظاهرا) أى عند الضرب لاتصرف الى شئ آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهرا (قوله
الاآن يجرى التعامل) هذا استثناء عن قوله الأآن الاول أصح يعنى أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب
والفضة أصح الاعند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها قالوا المعتبر فيه التعارف ففى كل بلدة

أى فى عدم جواز الشركة
بالمكيل والموزون قبل
الخلط فيما بينا وان خلطا
ثم اشتركا ففيه الخلاف
المذكور فى الكتاب وثمرة
الاختلاف تظهر عند
التساوى فى المالين واشتراط
التفاضل فى الربح فعند أبى
يوسف لايستحق زيادة
الربح بل لكل واحد منهما
من الربح بقدر ملكه وعند
محمد رحمه الله الربح بينهما
على ماشرطا فظاهر الرواية
ما قاله أبو يوسف (لانه) أى
المذكور من المكيل
والموزون والعددى المتقارب
(يتعين بالتعيين بعد الخلط
كما يتعين قبله) وهو ظاهر
وشرط جواز الشركة أن
لايكون رأس المال مما
يتعين بالتعين لئلا يلزم ربح
مالم يضمن (ووجه قول
محمد انها) أى المكيل
والموزون والعددى
المتقارب (ثمن من وجه
حتى جاز البيع بها دينا فى
الذمة ومبيع) من وجه (من
حيث انه يتعين بالتعيين
فعملنا بالشبهين بالاضافة
الى الحالين) يعنى الخلط
وعدمه فلشبههما بالمبيع
قلنا لاتجوز الشركة بها
قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين بخلاف
فيتوقف ثبوتها على ما يقوى بها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لامحالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال

المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع
به الآخر فليتامل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أى عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقوى بها) أقول فيتوقف على ثبوتها

بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما فى العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء

الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله و يشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا الآن بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست ثمنا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهه لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيأ غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد فى العرضية فى الجملة وكون الشئ متأصلا فى حقيقة وله شبه باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت فى الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح مالم يضمن لا يختل بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط فى متفقى الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) المخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كما فى العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق فى هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه بينه فى غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين فى اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخالط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا الضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من فى عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان فى عياله فان لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبى مثل ما كان له فرضى صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان أبى يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكروه وان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت فى البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التى بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبى يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبى حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة فى المخلوط وبين تضمين الخالط فاما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما فى ذمته فلا يباع ماله فى دينهما لما فيه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان

جرى فيه التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالنقود ولا يتعين فى العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنا منزلة الضرب المخصوص وفى كل بلد لم يجر التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالعروض يتعين فى العقود ولا تصح الشركة به (قوله بالاضافة الى الحالين) يعنى جعل المكيل والموزون فى حكم الاثمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاثمان بخلاف ما قبله (قوله والفرق لمحمد رحمه الله تعالى أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعروض (قوله فحكم الخلط ما بيناه فى كتاب

فلو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من أتلفه يضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما فى العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء أى قضاء الجامع الصغير وأما فى هذا الكتاب فقد بينه فى كتاب الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضى يعنى ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذى بينه هنا فى كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة

فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط اما صلحا بالتراضي أو ببيعا وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة فاذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لان كلا منهما بائع الملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء وورده شمس الائمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلطا لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هنالك ممكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله واذا أرادا الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة)

القضاء) أي قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كتاب الوديعة في الهداية (قوله واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر) وانما يتبايعان على هذا الوجه احترازا عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض وهو أداؤه الى ربح ما لم يضمن لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون وما استحقه أحدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح ما لم يضمن على ما ذكر فلا يجوز وأما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز وذكر في الذخيرة ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعين في العقود أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة ان شاآ مفاوضة وان شاآ عنانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقدا عليهما عقد الشركة مفاوضة أو عنانا جاز ويصير العروض رأس مال الشركة والعروض بعدما صار مشتركا بينهما يصلح رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه وفي الكافي للعلامة

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة مختصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان ربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

قال

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم أجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمهم الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة بصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة أصلا لانهما من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم

المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ما ذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة

قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على

مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن تكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما

النسفي رحمه الله قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العقد فقوله ثم عقد الشركة ينافي كونها شركة ملك الا أن يقال أراد به هي شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا الى هذا كلامه وقوله لان هذا العقد

و (قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسيشير الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوي (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما في العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبا بكر الرازي المعروف بالجصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز حكى ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهما متساويان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانها جهالة لا تفضي الى النزاع والمفسد للعقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تفضي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فانهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والآخر بمائتين فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتأمل

السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكر ان الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أي عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما الا انه لا يحتاج الى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت انه منتف (قوله وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل للآخر زيادة على نفس الشركة أي كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكرا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عن لي كذا) أي عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه ✱ عذارى دوار في ملاء مذيل

أي اعترض لنا سرب أي قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى أي أبكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء جلها اسمها بالعذارى والملاء المذيل أي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا أنه

كلا عقدان أراد به أنه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد مسلم وان أراد أن هذا العقد لا أثر له في المستفاد بعد هذا فممنوع لان هذا العقد يفيد توكيل كل واحد منهما لصاحبه ببيع نصيبه ثم بالشراء بعده بثمنه (قوله ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) بيان ذلك هو أن تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة فانه يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما (قوله يقال عن له) أي اعترض قال ابن السكيت كانه عن لهما شيء فاشتركا فيه أو من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي

وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شيء عرض في القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره أوهما يشتركان انتهى وقد تهمل أن المصدرية تشبيها لها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

(ويصح

و يصح ان يتساويا فى المال و يتفاضلا فى الربح و جملة القول فى ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت فى الربح مع التساوى فى رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة و يكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل أحدهما دون الآخر وأما اذا شرطا العمل على أحدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز و يكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط و يكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط و يكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعى) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر المال) رواه أصحابنا فى كتبهم عن على بن أبى طالب رضى الله عنه (قوله من غير فصل) يعنى بين التفاضل والتساوى (قوله كما فى المضاربة) اعترض عليه بانه اذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار فى التقدير كأنه قال اعمل فى مالك و ربحه لك و أعمل فى مالى و ربحه بيننا وفى المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما وأجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبههما من وجه وما أشبه الشئ من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال و وجه الجواب ان بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض أو بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك و يشبه الشركة أى شركة المفاوضة اسما

(و يصح أن يتساويا فى المال و يتفاضلا فى الربح) وقال زفر والشافعى لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدى الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما فى الربح للشركة فى الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك فى الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا الى قرض باشتراطه للعامل أو الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك و يشبه الشركة اسما

اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا بد منه كما فى استحجر الطين وأمثاله (قوله و يصح أن يتساويا فى رأس المال و يتفاضلا فى الربح) وعكسه بان يتفاضلا فى رأس المال و يتساويا فى الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعى وزفر لا يجوز وقوله و يتفاضلا الخ ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرطا العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يؤدى الى ربح ما لم يضمن لان استحقاق أحدهما تلك الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) ولم يعرف فى كتب الحديث و بعض المشايخ ينسبه الى على رضى الله عنه (ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما فى المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل و) رأينا (هذا العقد) أى شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال) غيره وهو (الشريك) و يسترىح به (و يشبه شركة

والاصمعى الا ان كلا منهما جعل عنان التصرف فى بعض المال الى صاحبه أو لانه يجوز أن يتفاوتا فى رأس المال والربح كما يتفاوت العنان فى يد الراكب حالة المد والارخاء و يصح التفاضل فى المال للحاجة اليه وهى ما بينه فى التفاضل فى الربح و يصح أن يتساويا فى المال و يتفاضلا فى الربح وذكر فى فتاوى قاضيخان رحمه الله فان شرطا المساواة فى المال واشترطا لاحدهما فضل ربح ان شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعا أو عمل أحدهما دون الآخر فان شرطا العمل على المشروط له فضل الربح جاز أيضا وان شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز (قوله اذ الضمان بقدر رأس المال) ففى شرط لاحدهما زيادة صار المشروط له تلك الزيادة آخذا اياها من غير ضمان وهذا لا يجوز (قوله الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) والفرق بين الربح والوضيعة ان الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كما فى المضاربة فبالعمل مع المال أولى أما الوضيعة فهلاك جزء من المال وكل واحد منهما أمين فيما فى يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل ألا ترى أنه لا يجوز اشتراط الوضيعة على المضارب لما قلنا كذا هنا (قوله وهذا العقد) أى شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل فى مال الشريك (قوله و يشبه الشركة) أى

(قوله و يكون مال الذى لا عمل عليه بضاعة) أقول يعنى لا شركة (قوله و يكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعنى لا شركة قال المصنف (اذ الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل

وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود فى المضاربة وهو جائز
مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدى الى ربح مالم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل
باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد الخ) أى يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان
المساواة فى المال ليست بشرط فيه أى فى هذا العقد اذا اللفظ أى لفظ العنان لا يقتضيه أى لا يقتضى المساواة بتأويل
الاستواء بخلاف لفظ
المفاوضة (قوله للوجه الذى
ذكرناه) يعنى ماذكره
فى أول هذا الفصل انه
يؤدى الى ربح مالم يضمن
وقوله (ويجوز ان يشتركا)
ظاهر وقوله (فان كان
لايعرف ذلك الا بقوله)
يعنى اذا لم يعرف انه أدى
الثمن من مال نفسه أو من
مال الشركة الا بقوله فعليه
اقامة البينة فان عجز عن
ذلك فالقول لصاحبه مع
يمينه (قوله فاذا هلك مال
الشركة) ظاهر وقيد
الوكالة بالمفردة احترازا
عن الوكالة الثابتة فى ضمن
عقد الشركة وفى ضمن عقد
الرهن فانهما فانهما تبطل
ببطلان ماتضمنها من
الشركة والرهن لان المتضمن
يبطل ببطلان المتضمن تبعا
وأما الوكالة المفردة

قال المصنف (فعملنا
بشبه المضاربة) أقول قال
الاتقانى هذا جواب لقول
زفر والشافعى ان التفاضل
فى الربح مع تساوى المال
يؤدى الى ربح مالم يضمن
بعد التسليم وانما قال بعد
التسليم لانه بين فى أوائل
الفصل عدم لزوم ربح مالم يضمن (قوله يعنى اذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفى شرح الاتقانى عليه
ثم اذا كان لايعرف أداء الثمن من مال نفسه لامن مال الشركة الا بقوله والظاهر ان هذا هو الصحيح لان مال الشركة أمانة فى يده والقول
للامين مع اليمين تامل فان مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذى عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضا قوله فانهما فانهما تبطل الخ)
أقول وان لم يقبض المال

وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى
لاتبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة
فى المال ليست بشرط فيه اذا اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح الا بما بينا) ان المفاوضة تصح به للوجه الذى
ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض
ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعى لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا
يتحقق ذلك فى مختلفى الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب
بثمنه دون الآخر لما بينا) انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل فى الحقوق قال (ثم يرجع على
شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته فى حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع
عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول
للمنكر مع يمينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئا بطلت الشركة) لان المعقود

المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة) فى اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذى شرط
عمله منفردا أو مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما
وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذى باعتباره أجزنا الزيادة
فى الربح لاحدهما بخلاف مالو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة
والمضاربة أيضا الى قرض ان شرط للعامل كانه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال
الا أنه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا أن يمنع ويقال بل
الربح يستحق فى الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر
لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله اذا اللفظ) أى لفظ العنان (لا يقتضى المساواة) ولا ينبئ عنه
ليعتبر فى مفهومه فلذا جاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر
دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على
ما شرط فيها تساويا أو تفاوتا على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذى بيناه (قوله واذا هلك مال الشركة كله
بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك فى يد

شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما أظهرنا شبه المضاربة فى حق اباحة زيادة الربح بغير ضمان لم يمكننا
العمل بالشبهين فانا متى اعتبرناها مضاربة فى اشتراط عملهما وأبطلناها لم يتصور استحقاق الربح أصلا بحكم
الشركة فيتعذر العمل بالشبهين (قوله ويشبه الشركة) حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما وفى المضاربة
اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة أمانة وتمام الامانة يقف على التخلية بين الامين والوديعة
فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخلية وأما فى الشركة فكل واحد منهما كالاجير فى مال الآخر فشرط
عمل رب المال معنى لا يبطل العقد فان من استأجر أجيرا ليعينه على العمل كان جائزا (قوله للوجه الذى
ذكرنا) وهو أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن (قوله ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن
الآخر دراهم) يريد أى شركة كانت مفاوضة أو عنانا (قوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) أى الشراء

كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انما تتعين فيها بالقبض فلعل فى المسئلة روايتين (قوله لانه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله ما رضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله بشركته فى ماله كما يشترك هو فى مال هذا (قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدته تظهر فى حق جواز بيع الكل فعند محمد أيهما باعه جاز بيعه لان الشركة (٣٩٩) قد تمت فى المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما الا فى حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك

عليه فى عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما فى الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك أحدهما لانه ما رضى بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان هلك فى يد الآخر لانه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا) لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها

مالكه أو يد شريكه لانه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الاول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين (فى الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما فى البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين (وانما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال فى ذمته كان مشتريا بالوكالة حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا فى ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة فى ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه) هو أيضا (فى ماله) بتقدير بقائه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء) لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشترى بالشراء (فلا يتغير الحكم) أى حكم الشركة (بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة فى هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد

والنقد بان قال اشتريت عبدا ونقدت الثمن من مالى ومات العبد فهذا مما لا يعرف الا بقوله (قوله بخلاف المضاربة والوكالة المفردة) فان النقود لا تتعين فيهما بالتعيين وانما تتعين بالقبض وقيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة التى فى ضمن عقد الشركة وفى ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيهما تبطل ببطلان ما يتضمنها من الشركة والرهن (قوله خلافا للحسن بن زياد رحمه الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع احدهما الا فى حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين فان هلك أحد المالين ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة بان صرحا عند عقد الشركة أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون

(قوله كمن وكل رجلا الخ) أقول مخالف للشروح ألا يرى الى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بان الدفع قد يكون بلا قبض فانه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الاقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقانى فيه نظر لان النقود تتعين فى المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه فى الزيادات فى باب من الوكالة بالشئ يكون على

غير ما أمره انتهى قال الاكمل ولعل فيهما روايتين (قال المصنف خلافا للحسن بن زياد) أقول قال الاتقانى فان عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا فى نصيبه ووجه قول الحسن أن الشركة التى عقداها ارتفعت بهلاك مال الآخر وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن الدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل فى دفعه فان رأس المال لم ينعدم هنا لصلاحية المشترى له بقاء

قال (و يرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما باحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعى لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق

رحمهما الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع أحدهما الا فى نصيبه ووجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالين (واذا وقع) المشترى على الشركة (يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما باحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعنى الذى فى يده المال (بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صوره فى المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع فى المبسوط بين التناقض الواقع فى جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله فى بعض المواضع فاشترى بالمال الباقى بعد ذلك يكون لصاحبه وفى بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول اذا لم يكن فى الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثانى اذا صرحا بها على ما ذكر وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الا أن مالكا شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حانوت أو فى يد وكيلهما (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه) أى الشركة فى الاصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا

مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرطا لان الشركة ان بطلت بهلاك أحد المالين فالوكالة المنصوص عليها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك أحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر ورجع المشترى على صاحبه بحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه وان ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بالوكالة فيها فالمشترى للمشترى خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت فى ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بهلاك مال أحدهما فبطل ما فى ضمنها اذ لا بقاء لما ثبت ضمنا بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لكونها مقصودة فلا تبطل ببطلان الشركة وذكر فى بعض المواضع اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين يريد به اذا صرحا بالوكالة عند عقد الشركة (قوله وأنه بالخلط) اذ الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط بالملك والمعتبر فى كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة فاذا خلطا المالين على وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة فى المال فتبتنى عليه الشركة فى الربح فاما قبل الخلط لم تثبت الشركة فى المال حتى اذا هلك رأس مال أحدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت الشركة فى الربح (قوله وهذا لان المحل هو المال) يعنى أن محل العقد هو المال ألا ترى أنه يضاف الى المال

(قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله معناه اذا أدى من مال نفسها الخ (قوله أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح (قوله لما بيناه) اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته (قوله وانه بالخلط) أى الشركة فى الاصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعنى وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال

(قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والاقرب أن يجعل اشارة الى قوله آنفا لانه اشترى نصفه بوكالته

وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة في الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) اشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا ولا تجوز شركة التقبل أي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل أما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو أن يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه

الربح عمالة على عمله أما ههنا بخلافه وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط

تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أي كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما حتى تفرع) عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال احدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال) حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبني على الاضافة وانما وجه التقرير ان المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة فحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا الا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف (ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند

يقال شركة المال والشيء انما يضاف الى سببه أو محله ولا سببية هنا فيكون محلا والمحل شروط لا أسباب (قوله ولهذا يضاف اليه) أي يقال عقد شركة المال (قوله وهذا أصل كبير لهما) وهو أن الربح فرع المال ويبتني على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجوه عند الشافعي رحمه الله لعدم المال (قوله ولنا أن الشركة في الربح مستندة الى العقد) يعني أن الاشتراك في

بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز أن يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيأ لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه أجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض أيضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع

(قوله وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة في الثمن الخ) أقول الانسب للتفريع أن يقال الا لتكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الاصل الخ) أقول كان الاظهر أن يقول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد أصل له فتأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بحصول الشركة في الربح مستندة اليه وعلى ما قاله لا احتياج في الشركة في الربح الى العقد أصلا اذ الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها (قوله يتصرف في الكل) أقول أي في كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع

التمييز كما فى العروض وأجيب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هى ماذكرنا من الافضاء الى ربح مالم يضمن وقوله (وصار كالمضاربة) يعنى لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما فى المضاربة فانه ليس هنالك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره فى المزارعة) يعنى أنه اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعا قال (ولكل واحد من المتفاوضين) هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة وعنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يبضع لانه معتاد فى عقد الشركة والمعتاد جاز له العمل به ولان له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شئ من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شئ من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لانها دون الشركة فتضمنتها الشركة هذا ظاهر الرواية (وعن أبى حنيفة ليس له ذلك لانه) أى عقد المضاربة (نوع شركة) لانه ايجاب الشركة للمضارب فى الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة (والاول) أى جواز الدفع مضاربة (أصح وهو رواية الاصل لان الشركة) يعنى فى المضاربة (غير مقصودة) وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجيرا للعمل فانه يجوز قولا واحدا فهذا أولى لانه تحصيل بدون ضمان فى ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل تحصيل

تحققت فى المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوى فى الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره فى المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان أن يبضع المال) لانه معتاد فى عقد الشركة ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له أن يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود

الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه بالخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت فى المستفاد بدونه) أى بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تتحقق الشركة فى الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغى أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه انعقد فى المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوى) فى رأس المال ولا (فى الربح وتصح شركة التقبل) (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف فى هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره فى المزارعة) يعنى اذا شرط لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا تخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكى العنان ان يبضع المال لأنه معتاد فى عقد الشركة) من المتشاركين (ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ماهو أكثر ضررا ملك ماهو أقل وظهران لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه) فى بعض الأوقات والمضايق وقوله (ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة) لأن الوضيعة فى الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة (وعن أبى حنيفة) لرواية الحسن (انه ليس له ذلك لانه نوع شركة) فى الربح (والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة فى الربح غير مقصودة وانما المقصود

الربح بالعقد لا برأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغى أن يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة فى رأس مال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين أن يكون مثبتا للشركة فى الربح (قوله فى المستفاد به) أى بالتصرف وهو الربح بدونه أى بدون خلط رأس المال (قوله ونظيره فى المزارعة) وهو ان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فالمزارعة باطلة فكذا ما على الماذيانات والسواقى (قوله لانها دون الشركة) ألا ترى أنه ليس على المضارب شئ من الوضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شئ من الربح وأما اذا

(قوله واذا بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعنى أصل زفر والشافعى

تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان فى ذمته بخلاف الشركة حيث لا علكها لان الشئ لا يستتبع مثله قال (و يوكل من

تحصيل الربح) فصار (كما اذا استأجره باجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان فى ذمة الشريك بخلاف الشركة) فان أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره فى مال الشركة (لان الشئ لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتهما بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشترى بالنسيئة وان كان مال الشركة فى يده استحسانا وليس لأحد شريكى العنان الرهن أى رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن و يرتهن على شريكه فان رهن فى العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته و يرجع شريكه بحصته و يرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن فى يده كالاستيفاء وكذا اذا باع أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ولا أن يؤخر دينا فان أخره لم يمض على الآخر وكذا لا يمضى اقرار أحدهما بدين فى تجارتهما على الآخر فان أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذى وليه لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشرا وان أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه ولو اشترى احدهما شيأ فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض فى جميع ذلك و يمضى اقراره عليه و يشارك شركة عنان و يمضى على الآخر بخلاف شريك العنان و يجوز قبض كل من المتفاوضين ما ادانه الآخر أو اداناه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك و يرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة و يستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شئ من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكى العنان أن (يوكل من

فسدت الشركة فالربح فيهما على قدر رأس المال لهما (قوله لانه تحصيل بدون الضمان فى ذمة الدافع) وفى المبسوط وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف فى مال الشركة باجر مضمون فى الذمة فلان يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعمله من غير أن يكون ذلك مضمونا فى الذمة أولى لان هذا أنفع لهما (قوله لان الشئ لا يستتبع مثله) فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن و يجوز اقتداء المفترض بالمفترض والمتنفل بالمتنفل فيلزم منها استتباع الشئ مثله وكذا النص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان فاولى أن يستتبع مثله قلنا استتباع المثل فى المكاتب والمأذون لم يكن مقصودا بل يثبت لهما من ضرورة اطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة أما ههنا لو قلنا تجوز الشركة لاحد الشريكين يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كما فى التوكيل فانه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بمطلق التوكيل لان الثانى مثل الاول فلا ينتظمه مقصودا ولكن ينتظمه ضمنا كالوكالة الثابتة فى ضمن الشركة وذكر فى المبسوط هذا كله فى حق الغير أى عدم جواز استتباع الشئ مثله كما فى الشركة والمضاربة فاما فى حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب عبده وللمأذون أن يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر وأما اقتداء المفترض بالمفترض فجوازه ثبت بالاجماع و بقوله عليه السلام الامام

الربح لا يجب على رب المال شئ بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل فى التجارة ولم يحصل شئ من الربح يكون المستأجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشئ لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جاز له أن يأذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما أطلق فى الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لا أنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت فى ضمن شئ آخر لا محالة والوكيل الذى كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذى تثبت وكالته فى ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس فى هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان

(قوله وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضا فى آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال (ويده في المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل) صريحا (بالشراء ليس له أن يوكل به لانه عقد خاص طلب به) شراء شئ بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما أن يعمله اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال أحدهما اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان اذن له فيه (قوله ويده) أي يد الشريك مطلقا (في المال يد أمانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السير اذا أودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات ونذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى *(فروع في اختلاف المتفاوضين)* قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فاقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبي يوسف ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ فيما في يد الحي لانهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولأنه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد

ضامن ولان صلاة المقتدي مبنية على صلاة الامام في حق الجواز والفساد بالحديث لا أن يكون صلاة الامام مستتبعة لصلاة المقتدي وأما الناسخ فهو رافع صورة ولكن في الحقيقة مبين انتهاء حكم المنسوخ في أن شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن رفعا في الحقيقة فلا يرد نقضا (قوله بخلاف الوكيل بالشراء) لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهنا الشركة انعقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جملته اذ الربح كما يحصل بتصرفه يحصل بتصرف غيره فصار كان كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء قيل له اعمل برأيك فله أن يوكل غيره وانما لا يملك المشاركة وان تمكن منها عند قوله اعمل برأيك نصا اظهارا للتفاوت بين ما ثبت نصا وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح (قوله لا على وجه البدل) احترازعن

وقوله (لا على وجه البدل احترازعن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل أن يدفع الثمن (قوله والوثيقة) احترازعن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة

قال (وأماشركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لاتفيدمقصودهما) أى مقصود الشريكين وهو التثمير ظاهر وفى بعض النسخ لاتفيد مقصودها أضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة

قال (وأماشركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعى لاتجوز لان هذه شركة لاتفيد مقصودها وهو التثمير لانه لابدمن رأس المال وهذا لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى المال على أصلهما على ماقررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا فى النصف أصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد ولايشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما

الورثة وجحدوا الشركة فاقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون فانما يقيمونها على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وتركه ميراثا لابينا وأقاموا البينة على هذا لاتقبل فى قول أبى يوسف وتقبل فى قول محمد كما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ماشهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افترق المتفاوضان فاقام أحدهما البينة ان المال كله كان فى يد صاحبه وان قاضى بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه أوغيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذى أنفذ عليه لأن كلا منهما صحيح ظاهرا فيحاسب كل صاحبه بما عليه و يترادان الفضل (قوله وأماشركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فنحو الخياطين والصباغين يشتركان فى أن يتقبل كل الاعمال) أونحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعى لايجوز لانها شركة لاتفيد مقصودها) أى المقصود منها وفى بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أى الشريكين (وهو التثمير) أى الربح (لانه لابد) فى الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ماقررناه فى الخلاف فى عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا فى نصف العمل المتقبل ووكيلا فى نصفه الآخر فتحقق الشركة فى المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معينا الشريكه فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لاعمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألاترى أن نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله و يدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لايجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان لتقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولايشترط فيه) أى فى جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا الزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم فى اشتراط الخلط لزفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافى اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر فى جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما فى

المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احترازعن المقبوض بجهة الرهن (قوله ولايشترط فيه اتحاد العمل والمكان) خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ماذكرناه اشارة الى ماذكر قبيله أن المقصود منه التحصيل أى تحصيل المال أما اتحاد العمل فظاهر وأما اتحاد المكان فلانه لو عمل أحد الشريكين فى دكان والآخر فى دكان آخر يجوز عندنا خلافا لهما فان قيل كيف يتصور قول زفر رحمه الله فى جواز الشركة عند اتحاد العمل وتقدذكر قبل هذا قول زفر مع الشافعى رحمهما الله فى اشتراط الخلط حيث قال وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس و يشترط الخلط ولايجوز التفاضل فى الربح مع التساوى

(قوله ولايشترط فيه) أى فى هذا العقد (اتحاد العمل والمكان) خلافا لزفر ومالك رحمهما الله قالا ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا أوصباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لايجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا أن المعنى المجوز للشركة وهو ماذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لاتتفاوت باتحاد العمل والمكان أواختلافهما أما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لايحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثانى فلان أحد الشريكين لو عمل فى دكان والآخر فى دكان آخر لايتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعى فى مسئلة الخلط ان شركة التقبل لاتجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله فى جوازها اذا كانت الاعمال

متفقة أجيب بان زفر له فى هذه المسئلة أعنى الخلط قولان فذكر المصنف فى تلك المسئلة حكم الرواية التى يشترط فيها خلط المال وذكر هنا حكم الرواية التى لايشترط ولكن أطلق فى اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا

(قوله ولو شرطا العمل نصفين) أي اذا شرطا في شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا
والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه

أي الى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا وقوله (ولكنا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح مالم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز

قال

لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرنا لا يتفاوت (ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذ لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الاعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه (قوله ولو شرطا العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس) لا يجوز وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها اذا شرطا التفاوت في ملك المشترى فان اشتركا على ان ما اشتراه كل منهم يكون للآخر ربعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل والربح مال وانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحذق في العمل وأهدى وعلى هذا تجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا أو صححوا الجواز لان الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق) فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجر فانه نص في شركة الوجوه التي شبهها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف

في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال قلنا عن زفر رحمه الله روايتان في اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط ذكر أحد قوليه مع الشافعي رحمه الله والآخر مع مالك رحمه الله (قوله ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثا) أي المال الحاصل من العمل أثلاثا جاز وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها لامكان تحقيق مقتضى المفاوضة في الاعمال كما في الاموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل (قوله لان الربح عند اتحاد الجنس) أي الربح لا يظهر الا عند اتحاد الجنس أي اذا كان الربح من جنس رأس المال وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدراهم والدنانير فكان بدل العمل لا الربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح مالم يضمن وذكر في المبسوط الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن في التقبل الشريكين يأتمان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه فيشتريان بثمن في ذمتهما فمع المساواة في ملك المشترى لا يصح شرط التفاوت في الربح (قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق) أي الربح من جنس رأس المال في شركة الوجوه لان الاصل والربح فيهما من جنس المال

قال (ومايتقبله كل واحدمنهمامن العمل يلزمه ويلزم شريكه (حتى ان كل واحدمنهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهـذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقـة والكفالة مقتضى المفاوضـة وجه الاستحسان أن هذه الشركة (مقتضية للضمان ألاترى أن مايتقبله كل واحدمنهمامن العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليـه فجرى مجرى المفاوضـة في ضمـان العمل واقتضاء البدل قال (وأماشركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولامال لهماعلى أن يشتريا بوجوههـما ويبيعافتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لايشترى

الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله ومايتقبله كل واحدمنهمامن العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليـه وان كان انماعمله الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمـان كل منهما عمل ماتقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيمـا اذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيمـا اذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (استحسان) فلافرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لافرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعـقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعني شركة الصنائع (مقتضية للضمـان) في القدر الذي ذكرناه لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبـه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ماسمى للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى) هذا العقد وان كان عنانا (مجرى المفاوضة في ضمـان العمل) عن الآخر (واقتضاء البدل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ماسوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لايصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضـة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقدوا بينهـم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهـم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولاشئ للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثـه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الاجر (قوله وأماشركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولامال لهما ليشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وجاههما والربح بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير

فيظهر الربح ثم لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ذلك ربح مالم يضمن وذلك لايكون الا في المضاربة ولكن كان جواز ذلك فيها أيضا لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب ولوقوعه في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولاضمان بمقابلة زيادة الربح فيلزم فيها ربح مالم يضمن من كل وجه فلايجوز بخـلاف شركة التقبـل فان الاصل فيها عمل والمستفاد منه مال فلم يتفقا فلايكون ربحا (قوله وهذا ظاهر المفاوضة) أي اذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشـترطا أن يكون قبول الاعمال منهما أو العمل منهما والربح والوضـيعة بينهمـا على التساوي فهي شركة المفاوضـة حتى تراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود معـنى المفاوضـة وهي المساواة المطلقـة وان تفاوتا في شيء مماذكرنا فهي شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان لفوات معـنى المفاوضة (قوله في ضمـان العمل واقتضاء البدل) وانما قيد بهما لان

(قوله وما يتقبله كل واحدمنهمامن العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) أي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه أي الى صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبـه برئ من الضمان وقوله (وهـذا) اشارة الى لزوم العمل على كل واحـد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غـيرها) وهو العنان (استحسان) أي معـنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلايثبت معها ماليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان ألاترى ان مايتقبـله كل واحـد منهمامن العمل مضمون على الآخر ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليـه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك (جرى) هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمـان العمـل واقتضاء البدل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العـقد مجراها حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة قال (وأماشركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولامال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحت عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتريان بوجوههما أي سميت شركة

(قوله وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتامل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بماذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنز

الوجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة فى الابدال أى الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه و يكون المشترى بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم واذا أطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهى أى شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه فى شركة التقبل وهى ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد الى آخره (قوله ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أى فى الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) اشارة الى تحتم المساواة فى اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاقى فانه

بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة فى الابدال واذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى والوجه من الجانبين ما قدمناه فى شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة (فان شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه وان شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى

ان الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه و يتساويا فى الربح و يتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة فى الابدال) أى الاثمان والمبيعات وان فات شىء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه لا ومنعها الشافعى ومالك والوجه من الجانبين تقدم فى شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح فكذا الشركة التى تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقى غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن فى شركة الوجوه لا يصح التفاوت فى الربح و يصح فى العنان مع ان الربح فى كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان فى معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل فى مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة فى العنان فى اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح أحدهما فى العنان باعتبار

فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجرى المفاوضة حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون واشنان مستهلك أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه و يلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة كذا فى الايضاح (قوله وانما تصح مفاوضة) فالمفاوضة منهما أن يكون الرجلان من أهل الكفالة وأن يكون ثمن المشترى بينهما نصفين وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة وأما العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل فى ضمان ثمن المشترى بينهما وينبغى أن يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل و يكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كذا فى شرح الطحاوى رحمه الله (قوله فى الابدال) أى فى الثمن والمثمن (قوله لان مطلقه ينصرف اليه) أى الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدراهم مطلقة (قوله وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) فان قيل يجوز أن تكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه

يجوز أن يأتى بأقل من النصف ولا يستحق بما سواها فان قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره فى الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أجيب بان اشتراط الزيادة فى الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله ألا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها (قوله واستحقاق الربح فى شركة الوجوه) عود الى البحث لاتمام المطلوب يعنى ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيناه) قيل هو اشارة الى ما ذكره فى شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ وتقرير كلامه استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه أى شركة الوجوه

ربحه

(قوله قيل هو اشارة الى ما ذكره فى شركة التقبل بقوله الخ) أقول وفيه بحث فان الاستحقاق فى شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها لما ذكرنا) أقول فى رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندى فى الجواب أن يقال جواز ربح ما لم يضمن فى المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهى الدراهم والدنانير فالتشبيه بها لا يكون علة الا لتجويزه فيما يجوز فيه فليتامل

ليست فى معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال فى المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال
بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد يعمل فى مال صاحبه كالمضارب يعمل فى مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح مالم
يضمن لو جاز فى العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض فى العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن موجودة
لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن والجواب أن العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن

ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك فى المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة والوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها والله أعلم

(فصل) فى الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة

عمله فى مال الآخر وليس فى شركة الوجوه أحدهما عامل فى مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق فى المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعانى الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل فى الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح مالم يضمن فى العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض فى العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان فى جعل رأس مال الشركة عروضا ربح مالم يضمن لا فى مقابلة عمل للمستحق فى مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما فى الصنائع أجيب بانه انما يجوز فيما يكون العمل فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

(فصل) فى الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدى وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدى (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك فى كل مباح) كاخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا فى نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا أنا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجئ أنا وعمار بشئ وجاء سعد باسيرين فاشرك بينهم النبى صلى الله عليه وسلم أجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمتنع أن يشترك هؤلاء فى شئ منها بخصوصهم وفعله صلى الله

وعمله كما فى شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل فى مال معلوم كما فى شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (قوله بالنصف) قيد اتفاقى فانه يجوز أن يلتقى باقل من النصف أو أكثر (قوله بالضمان) أى يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ (قوله والوجوه ليست فى معناها) أى شركة الوجوه ليست فى معنى المضاربة لان فى شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل وأما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه فى معنى المضاربة من حيث أن كل واحد من شريكى العنان يعمل فى مال صاحبه كالمضارب يعمل فى مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح فى العنان كما جاز فى المضاربة والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى الشركة الفاسدة) (قوله وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شئ مباح) نحو احتشاش الحشيش

فقط لاغتفرناه ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس فى المضاربة ما يقتضى اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساغه أو يصار الى تخلصه المعلوم فى الاصول

(فصل فى الشركة الفاسدة) وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح (قوله لان أمر الموكل به غير صحيح) والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل فى أخذ المباح باطل لانه يقتضى صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح وأمر الموكل باخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولايته وتقرير الثانى التوكيل باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ومن تملك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثانى بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائبا عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل

(فصل فى الشركة الفاسدة) (قوله لانه صادف غير أن الموكل محل ولايته) أقول وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثانى (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تامل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقض

والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بان قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر

عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل يملكه) أي يملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائبا) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بان اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذاه جميعا) يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فالظاهر أنه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعانه الآخر) بان قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيأ أولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيأ وفيما اذا أصابا بأنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيأ فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فحينئذ أجر

بلاعقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لايملكه الا بالشراء

واجتناء الثمار من الجبال والبراري من الجوز والفستق وغيرهما فان عملا ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا أو وزنه ان كان وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع انما يقسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعتبر بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وان لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وان لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما فكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعي ما كان في يديه والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف ما يشهد الظاهر له وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك كذا في المبسوط (قوله والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائبا عنه) قيل ان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا فلم تثبت الشركة كذا في الايضاح فان قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد غير معين فانه

فالمعين

وقوله (فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف رحمهما الله في الكتاب وكذا تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد وجه قول أبي يوسف أنه رضي بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أي تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدرى أي نوع من الحطب يصيبان وأي قدر منه يجمعان ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه فاذا كان كذلك لا يمكن أن يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب أو غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيأ كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا أولى لانهما أصابا وقوله (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية) الراوية في الاصل بعير السقاء لانه يروي الماء أي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد

فللمعين أجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله الذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل)

المثل بالغا ما بلغ وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله (نصف ثمن ذلك) بالرفع لانه هو النائب عن الفاعل *(فرع)* لهما كلب فارسلاه فما أصاب بينهما ولو كان لاحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه (قوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال رويت للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر ما لكل واحد فما رزقا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم ان أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وان أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الاجر على قول أبي يوسف وبالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله تعالى بينهما نصفان كان الاجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا اذ تقديره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع اليه على أن الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون لهذا

يجوز مع أن الوكيل كان يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم بهذا أنه لا يشترط لصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل قلنا لا يشكل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب لوجهين أحدهما أن في العبد المعين لا يملك الوكيل أن يشتريه لنفسه بعد التوكيل وان كان يملكه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في أنه لا يصح لوقوع التوكيل في أمر مباح لهما والثاني أن بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرا هنالك على الزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا أن التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل وعلل شمس الائمة رحمه الله في المبسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب فحينئذ كان كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون صحيحة (قوله فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى عليه) وعند أبي يوسف

(قوله قيل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقاني

مثل البغل) أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال (واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بين ما اذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله أعلم

بغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والاجر كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزايد (أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلان المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كألف لاحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الربح) في وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة (قوله واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا اذا قضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند أبي حنيفة رحمه الله لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة أي مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فانها لا يتحقق ابتداؤها الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من

رحمه الله تعالى عليه لا يجاوز به نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك ألا ترى أنه لو استأجر حمالا يحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى ولمحمد رحمه الله أن المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيأ أم لا والرضا بالمجهول لا يصح واذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ ألا ترى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيأ استحق أجر مثله بالغا ما بلغ فاذا أصابا شيأ أولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه في المعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وتقديم قول محمد رحمة الله تعالى عليه على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه يدل على أن المختار قول محمد رحمه الله تعالى عليه الراوية المزادة من ثلاثة جلود وأصلها بعير السقاء لانه يروي الماء أي يحمله (قوله ويبطل شرط التفاضل) لان العقد صار مستحق النقض وفي ابقاء شرط شرط في العقد تقرير له وهو واجب الدفع لا واجب التقرير (قوله لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) ذكره في باب أحكام المرتدين (قوله لانه عزل حكمي) فلا

*(فصل

وقوله (لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره) فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والريع عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ريعا أي غلة لانها زيادة وقوله (على ما بيناه من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لانه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتوقف على العلم

(فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه) لانه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته فان أدى كل واحد منهما فالثانى ضامن علم باداء الاول أو لم يعلم وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا لم يعلم

بطلان التبع بطلان الاصل و بطلانها بالالتحاق لانه موت حكمى على ما بيناه من قبل فى باب أحكام المرتدين ولا فرق فى ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمى فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدى لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية فى ذلك عن أصحابنا وانما الرواية فى المضاربة وهى ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوى الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ و بعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة فى أيديهما معا و ولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهى صاحبه عن التصرف فى ماله نقدا كان أو عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاق ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه *(فروع)* انكار الشركة فسخ وقوله لا أعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا القيمة نصيب شريكه وفى الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشترى هذه الجارية لنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشريك فان أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه اهـ وهذا غلط وقد صح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر فى التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وفى الرضا احتمال يعنى اذا كان ساكتا والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص ولا يشكل على هذا ما ذكر فى الخلاصة فى ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحى لشركتهم فشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشئ فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فاراد الغائب أن يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

(فصل) لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة اذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردها بفصل وأخره (قوله واذا أذن كل أن يؤدى زكاة أمواله اذا حال الحول فأدى) وقد أدى الآذن المالك ضمن لشريكه ما أداه (علم بالاداء أو لم يعلم عند أبى حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم باداته هكذا ذكر فى كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الولوالجى ان فى بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم باداء المالك ونص فى زيادات العتابى ان عندهما لا يضمن علم باداته أو لم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى

يشترط علمه لثبوته ضمنا للغير كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل ينعزل الوكيل علم أو لم يعلم والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل)* (قوله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم) وفى الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه أو لا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف فى الوكيل باداء الزكاة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عنده خلافا لهما وكذا الخلاف فى الوكيل بعتق العبد عن الظهار اذا أعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه أو بعد ما عمى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ

(فصل) ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها فى فصل على حدة وكلامه واضح

(فصل) وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه الخ

لايحتاج الى شرح سوى ماذ كره وقوله (أما اذا أديا معاضمن كل واحـد منهما نصيب صاحبـه) يعنى عنـد أبى حنيفة خلافا لهما وقوله (لان الظاهر أنه لا يلتزم الضر ر) يعنى أداء بعض ماله على يد الو كيل الالدفع الضر رأى بقاء الواجب فى ذمته وقوله (لانه عزل حكمى) اعـترض عليه بانه يشـكل بالو كيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الو كيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيأ فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمى هناك أيضا باداء الموكل وأجيب بان الو كيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى مضمون على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن أداؤه موجبا عزل الو كيل حكما فوضع الفرق أن هناك لولم يوجب الضمان على الو كيل بجهله باداء الموكل لا لحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا لولم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضر ر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصـدقة من الفـقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدى عنـه الو كيـل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الو كيـل عن الاداء وأجيب عنه بانه أمره باداء الزكاة عنه فى حال استقرار الزكاة على الآمر وعنـد ما يؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف فى هـذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فلذلك ضمن وقوله وأما دم الاحصار جـواب عـن قوله فصار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقـديره أنا لا نسـلم أن المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمـن بالاتفاق لـكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمرا واجب مقصودا فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المامور فعرى فعل المامور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الآمر نفسه فعرى فعل المامور عن المقصود فيضمن

وهذا اذا أديا على التعاقب أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكاة اذا تصـدق على الفـقير بعدما أدى الآمر بنفسه لهما أنه مامور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان فى وسـعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطالب منه ما فى وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعـد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم أو لا ولابى حنيفـة انه مامور باداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسـه عن عهـدة الواجب لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بادائه وعرى أداء المامور عنـه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمى وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهـما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصـبر حتى يزول الاحصار وفى مسئلتنا الاداء

هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هـذا المامور باداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا أديا على التعاقب فان أديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره فى المبسوط وزيادات العتابى وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع بما أداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الو كيل ولا يخفى أنه لا يفيد لانه بعد تسليم ان أداءه يتضمن عزل الو كيـل وهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه ووجه قولهما فى خلافية الكتاب انه أداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره باداء ما هو زكاة لانا نقول ليس هذا من وسع الو كيل لان وقوعه زكاة يتعلق بامر من جهـة الموكل كنيته وانما يلزمه ما فى وسعه وليس فى وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجـل ليقضى به دينا عليـه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعـلم وصار أيضا كدم الاحصار اذا ذبح المامور بعـد زوال الاحصار (ولابى حنيفة انه مامور باداء الزكاة والمؤدى) بعـد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتنقيص المال الا لدفع الضرر الدينى وقد خلا أداؤه عن ذلك (فصار باداته معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمى) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا وأما ما التزمتم به من المسئلتين فقيل بمنع تسليم أبى حنيفة الجواب فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أو لم يدركه ويفعل أفعال فائت الحج (وفى مسئلتنا الاداء

سواء علم بتكفير الموكل أو لم يعلم على ما ذكرناه فى الزيادات (قوله أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) أى عند أبى حنيفة رحمه الله علم أو لم يعلم فان قيل اذا أديا معا ينبغى أن لا يجب الضمان عند أبى حنيفة رحمه الله لعدم سبق أداء الموكل فلم يقع فعل الو كيل نفلا قلنا أداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقا سبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الو كيل فيصير سابقا معنى كالو كيل بالبيع مع الموكل اذا باعه وخرج الكلامان معا نفذ بيع الموكل دون الو كيل (قوله وهـذا المقصود حصل بادائه)

(قوله وأجيب بان الو كيـل الخ) أقول وفى شرح الاتقانى والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قولهما فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل فى جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا الى قوله وأجيب عنه بانه أمره الخ) أقول هـذا الاعتراض والجواب للاتقانى

واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشترى جارية فيطاها ففعل فهى له بغير شئ عند أبى حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عن الضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال

واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ اتبه وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهما ليس فى وسعه ايقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكميا الهما أن عناه لانه موقوف على كون الامر صح بدفعه مقيدا بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره باداء الزكاة كان ناويا لها فلو بادر الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الآمر كان بتأخيره متسببا لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشترى جارية ويطاها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهى له بغير شئ عند أبى حنيفة وقالا يرجع عليه) شريكه (بنصف ما أدى (لانه أدى دينا عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت فى الشراء على الشركة) جريا على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا فى ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف وأجيب بالفرق بان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية

وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمى فان قيل يشكل بما اذا أمر المديون الآخر بقضاء الدين من مال المديون فقبل أن يقضى المأمور قضاه المديون بنفسه ثم قضاء المأمور ان علم يصير ضامنا وان لم يعلم لا يصير ضامنا قلنا الدين يبقى دينا بعد القضاء وبالقضاء انما يكون للمديون على الطالب دين ألا ترى أن الطالب اذا أبرأ المديون من الدين بعد قضاء الدين يصح وللمديون أن يطالب بما أداه الى الطالب فاذا كان الدين باقيا أمكن القول بوقوع ما أدى المأمور قضاء عن الدين فيتحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضمونا على القابض وقد تحقق هنا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما اذا علم يصير ضامنا لانه مأمور بقضاء الدين على وجه تسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الآمر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤتمرا فيصير ضامنا بخلاف الزكاة فانها لا تبقى بعد أداء الآمر فلا يمكن القول بوقوع ما أدى الوكيل زكاة فيصير ضامنا علم أو لم يعلم (قوله اذ هما لا يملكان تغييره) أى هما لا يملكان تغيير مقتضاها مع بقائها

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما أنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله انه أدى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل فى الشركة وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحبه بشئ كما لو اشتراها قبل الاذن وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشئ وبين دخوله فى الشركة بقوله (جريا على مقتضى الشركة) أى شركة المفاوضة فان ذلك يقتضى دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها ألا ترى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها أجيب بانه كان يحل وطؤها كما يحل اذا وهب نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله (غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطؤها وبعد الاذن يحل فازال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن فكأنه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك وجازت الهبة فى الشائع لان الجارية مما لا تقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشترى خاصة لان ذلك مستثنى عن الضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا أنها دخلت فى الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر المال تفعل

الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا (وللبائع ان يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق) لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

(كتاب الوقف)

التى لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبى فأما من له حق التملك كالاب والجد فالرواية غير محفوظة فى تملك الجارية بالاحلال

(كتاب الوقف)

مناسبته بالشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل فى الشركة مستبقى فى ملك الانسان وفى الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهى الانتفاع الدار الباقى على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما فى الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست قال عنترة

ووقفت فيها ناقتى فكأنها * فدن لأقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان فى قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرنى أبو على الفارسى عن ابى بكر عن أبى العباس عن أبى عثمان المازنى قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر أعنى الوقف فى الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحب وعندهما حبسها على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتى تمامه فلا حاجة لافراده هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لابد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا بين الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص فى وقفه مساكين أهل الذمة جاز

بدليل أنهما لو شرطا التفاوت فى ملك المشترى لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فاشبه حال عدم الاذن اذ الاذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك فى المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن لشريك فيثبت أن اعتبار اذنه فى انفراد المشترى بملك الجارية وهذا التملك ثبت فى ضمن الاذن بالوطء اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطؤها الا بعد تمليك الآذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقتضى الاذن بالوطء بلا ذكر عوض شرطه التمليك منه وهو الهبة وهى جائزة فى الشائع فيما لا يقسم فكان الآذن قال له اشترهذه الامة على الشركة ثم تملك نصيبى بالهبة فاذا اشترى وقبض تمت الهبة كما لو اشتراها ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه فانها تصير له ويحل له وطؤها والثمن عليهما بخلاف الطعام والكسوة لان ذا مستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة اذ الحاجة الى الطعام والكسوة أصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقسم فيقع الملك فى المشترى للمشترى على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة الى الوطء غير معلومة الوقوع فى هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها فى الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشك والله تعالى أعلم بالصواب

(كتاب الوقف)

لا يصير هبة عند أبى حنيفة ومحمد والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذى هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثانى أن الملك يثبت فى نصيب الشركة بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت فى الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذى هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثانى أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشئ ضمنا ولا يثبت قصدا قوله (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(كتاب الوقف)

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى الخ) أقول المسئلة مذكورة فى الاصول (قوله وعن الثانى أن المصنف أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشئ ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لا يملكها المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبى *(كتاب الوقف)*

ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا أن خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي شنع بانه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له أن يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع فى كلهم قربة ولا شك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى لى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف فى وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم أن خلاف أبى حنيفة فى الوصية فانه انما شرط أن يكون قربة عندهم يقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان فى ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف مالو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال ردته ففى قول أبى حنيفة هو موقوف ان قتل على ردته أو مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما نجيزه لاهل ذلك الدين أما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل وأما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا فأى وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته أو مات أو عاد الى الاسلام الا أن أعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف فى وقف المرتدين خلافا بين أصحابنا مبنيا على الخلاف فى الذمى يتزندق يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا قال بعضهم أقر على ما اختاره وأقر الجزية عليه لانى ان أخذته بالرجوع فانما أرده من كفر الى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزندقة وأما الصابئة فان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الاهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى الى قبول شهاداتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم وأما الخطابية فانما لم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعى اذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع الثمن اليه أو صالح على مال دفعه اليه لا تكون وقفا لانه انما ملكها بعد أن وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذى سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولى وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضى عليه لسفه أو دين فوقف أرضا له لا يجوز لان حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاف وينبغى انه اذا وقفها فى الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع أن يصح على قول أبى يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا وأما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجر أرضا عامين فوقفها قبل مضيهما لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن أرضه ثم وقفها

هو فى الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم لانه قضاء فى فصل مجتهد فيه فينفذ أو يعلقه بموته والصحيح أن فى تعليقه بالموت لا يزول ملكه الا أنه يلزم بالاجماع ولكن عنده يكون رقبتها ملكا لورثته أوله وعندهما لا يكون ملكا لاحد كما فى الاعتاق والمسجد وكذلك اذا قال أرضى

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول

قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا تخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتهن فافتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات أحد المتآجرين تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص فخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول وأما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا بأس أن نسوق شيأ من الالفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها أو بقيمتها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح الا عند أبي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي بقوله أيضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول أبي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل اذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لانه أدنى فاثباته به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بانه لا فرق بينهما وذكر في احداهما اذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احداهما والا فلا شك أن في كل منهما اذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر أو لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار لما نذكره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على أنها العبارة الوافية الا أن قوله في الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافا ولا ينبغي فان التأبيد أن يجعله في أول الامر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم) أن يخرج وجه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا) وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي

هذه صدقة موقوفة مؤبدة حال حياتي وبعد مماتي أو يقول أرضي هذه صدقة محرمة مؤبدة حال حياتي وبعد

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما زيد على أصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها أنا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا وأوقفتها لغة رديئة وعرفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا بالغا عاقلا وكون المحل غير منقول وركنه أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه

قال الاتقاني الوقف الحبس من قولهم وقفت الدابة اذا منعت من السير قال صاحب الجمهرة الوقف مصدر وقفت الدابة أوقفه وقفا وكذلك كل شئ حبسته وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل وقال ابن جني في شرح المتنبي أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف أوقفت من كلام العرب انتهى وفي شرح الكاكي الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف أرضه على ولده لانه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف كقوله نسج اليمن وضرب الامير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا الخ) أقول فيه بحث لان في مصدر وقف اللازم يجيء وقوفا وقال على ما اعترف به لا وقفا والجواب أن مقصوده انه مصدر وقفتها أنا وذكر وقفت الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الاول دون الثاني

وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه) قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

قدمنا صحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور وحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الى آخره لا معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الملفوظ في الاصل) يعني المبسوط وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن واذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف أي لا تثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان أخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنفعته *(فرع)* يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان وبعده للمساكين أبدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه أنها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة الى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيخان الان عند أبي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان أهلا للملك لامتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي وأحمد لانه صلى الله عليه وسلم قال حبس الاصل وسبل الثمرة اهـ وهذا أحسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا الى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الاول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما ممكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق بأصله مع انه ليس على ظاهره والا لخرج الى مالك آخر ثم رأينا غيره يبينه بقوله ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهوم ان

متى أو يقول حبس مؤبدا لم فني هذه الالفاظ يصير لازما بالاتفاق (قوله وهو الملفوظ في الاصل) أي في المبسوط قال في المبسوط فاما أبو حنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده أنه لا يجعله لازما فاما أصل

واضح وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) الى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل) يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده أنه لا يجعله لازما فاما أصل الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول أوصيت بغلة داري فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه

مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه أي على ما كان ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما وإلا كان صلى الله عليه وسلم مجيبا لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متنافيين فإما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه إذ لا يقول واحد من الثلاثة بتمليك الفقير للعين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا وإذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك الوقف فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لأنه إذا كتب هذا لا يخاصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيخان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فيعمل ما ذكر إذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه إذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين أنه بلا تنوين للعلمية والتأنيث وفي غاية البيان أنها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في دعد قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله إني استفدت مالا هو عندي نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين ولابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق إلى تحقق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية إلا لزومه وتقرير المصنف بأنه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه ويمكن بإسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع إذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم

الجواز فثابت عنده (قوله واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف والتصدق يتناول ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وهو قوله أن الوقف حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير بمنزلة العواري ويتناول أيضا ما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى ولما كان كذلك لم يكن ترجيح أحد المذهبين بلفظ الوقف إذ يتناولهما على السواء فلا بد من ترجيح أحد المذهبين على الآخر بدليل آخر ثم ابتدأ ببيان دليلهما الهما قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ بفتح الثاء المثلثة

(قوله واللفظ) أي لفظ الوقف ينتظمهما أي يتناول ما قاله أبو حنيفة وهو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله إني استفدت مالا وهو عندي نفيس أفأتصدق به قال تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الأرض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله (إذ له نظير في الشرع وهو المسجد) لبيان نفي استبعاد أن تخرج من ملك الواقف ولا تدخل في ملك غيره فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو إخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف

ليصل

ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما ذكرناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه وافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الائمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسند الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على علي حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا والا فلا يحل والشعبي أدرك عليا وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس وأخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل

وسكون الميم وبالغين المعجمة فقال عمر رضي الله عنه يارسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس أفأتصدق به فقال عليه السلام تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله خيبر بين أصحابه وثمغ لقب لها وقد كانت لاملاكهم ألقاب حتى كانت لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها عضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال لها السكب وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السحابة في هذا دليل على أن من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي أن يختار لذلك أنفس أمواله وأطيبها وكذا وقف رسول الله عليه السلام حوائط وأوقاف ابراهيم عليه السلام باقية اليوم وكذا أوقاف الصحابة رضي الله عنهم بمكة والمدينة ولان الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه لا يرد عليه النقض وذا في لزومه وقيل الفتوى على قولهما (قوله اذ له نظير في الشرع وهو المسجد) فقالا اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لملك المنفعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف وله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى أنصباء الورثة كما قال الله تعالى فريضة من الله قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله والامام البزدوي رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوي لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة تعلق بماله فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك ألا ترى أنه لو تصدق في صحته صدقة منفذة أو وهب فانه لا يجري فيه الارث ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الا أن يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل أنه يعتبر شرائطه في صرف الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لما اعتبر شرطه في التي هي تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى وذكر في المبسوط وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع قد أبطل ذلك كله لكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس فهذا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شريعتنا ناسخة لذلك وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله أن هذا لا يعلم الا بطريق التوقيف فيحمل على السماع السائبة هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول

ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس لان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف ألا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنفعته فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنها الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن أن يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى

يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ماهو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف اوله واتفقنا على أنه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب موجب لامرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وأيضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة أن الآدمي خلق مالكا غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ماسواه لانها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى أصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما والعدم لازمه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كما هو روايات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه

اذا قدمت من سفري أو برأت من مرضي فناقتي سائبة وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع يعني أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث أنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعة بها ولو سيب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط ولهذا سماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول الصحابة الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولم يحمد على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع مسائل الوقف واستكثر أصحابه بعده من تفريع مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمهما الله (قوله ولان الملك باق فيه) يعني دل الدليل على بقاء الملك فيه وهو جواز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالمملوكات وما للعباد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لان ما لله تعالى يجب أن يكون بوصف الخلوص كالمسجد لما صار لله تعالى لا ينتفع بشيء من منافع الملك وان كان يصلح لها اذا

ولابي حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله) أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبيس) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله (كالسائبة) هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذا اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

قال المصنف (والملك فيه للواقف ألا ترى ان له ولاية التصرف) أقول ومعنى الملك على ما يجيء من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا في المحل (قوله الا ما قام عليه دليل) أقول كالوصية

قال

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه الا أنه يعتبر

وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا لو قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي الى آخره فبان لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير ان الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية فالو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها أما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا التعليق أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تنجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا أن تجيزه الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضيخان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف

ظهر أن الملك فيه باق وجب أن يبقى على ملكه ضرورة ولهذا يبقى دوابه وتدبيره بعده في نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لما صح شرطه في الغلة كما لو أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان وما روي محمول على الوقف المضاف الى ما بعد الموت (قوله الا أن يحكم به الحاكم) وصورة حكم الحاكم ما ذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله وهي أن يسلم الواقف ماوقفه الى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي الحاكم بلزومه فان حكم رجلا فحكم بينهما بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح أن بحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف وللقاضي أن يبطله (قوله والمراد بالحاكم المولى) أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم فهو

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الواقف ماوقفه الى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي بلزومه وقوله (فالصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الواقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي أصل الموقوف على ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح أنه ينفذ ولكن لا يفتى به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبى يوسف وهو قول الشافعى بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه فى ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفى بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل فى

انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين فى حال صحته (قوله واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبى يوسف وهو) قول الائمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الى المتولى لان للواقف أن يجعله لله فيصير حقا له وحقه انما يثبت مسلما فى ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل اما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهدة الواجب كما هو فى سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبه فى قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شئ من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبى يوسف أوجه عند المحققين وفى المنية الفتوى على قول أبى يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فاخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفى المبسوط وكان القاضى أبو عاصم يقول قول أبى يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الآثار يعنى ما روى أن عمر جعل وقفه فى يد حفصة وغير ذلك ورده فى المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير فى أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفرغ نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما فى يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن فى يد سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة فى يده هى وقيمتها يوجب عليه اخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما بنى على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية فى عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه فى السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصى فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولى غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم فى حياته ويولى غيره أو يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبى يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما فى حياته وبعد موته وكذا ينبنى عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل فى

الذى فوض اليه الحكم فى حادثة معينة باتفاق المتخاصمين (قوله لا يتحقق مقصودا) وانما يتحقق ضمنا كما فى الزكاة تكون ملكا لله تعالى بواسطة كون المال ملكا للفقير وهنا أيضا يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى (قوله واذا صح الوقف على اختلافهم) خرج من ملك الواقف ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه

(قوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه) أى يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا فيأخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعنى ينزل التمليك من الله تعالى فى الوقف فى ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى فى الزكاة حيث يتحقق التمليك منه فى ضمن التسليم الى الفقير قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أى اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبى حنيفة على ما هو الملفوظ فى الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعنى على قول أبى يوسف ومحمد ولم يدخل فى ملك الموقوف عليه لانه لو دخل فى ملكه جاز له اخراجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل الى من بعده من شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله

(يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره) اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وماذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة لان الوقف عنده معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه ألا ترى ان القربان تصير بالاراقة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص الى الذى جعله مسجدا وانما ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط أولا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه وأما فيما لا يقسم فعند محمد أيضا يجوزه و يعتبره كالهبة والصدقة

ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر أملاكه قال رضى الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لانه يعتبر بالهبة

ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول من الشافعي وأحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان أهلا للملك الا أنه لا يباع ولا يملك والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذى هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أى القدورى (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبنى على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولى فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله في هذه ومن أخذ قول محمد في تلك وهم مشايخ

ذكر بعد هذا أن قوله خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره فعلى هذا يكون صح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا لزم بحكم الحاكم يخرج من ملك الواقف فلا يبقى للتخصيص بقولهما فائدة أما اذا جعل صح بمعنى لزم أى بحكم الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو بتعليقه بالموت و بمجرد القول عند أبي يوسف رحمه الله و بالتسليم الى المتولى عند محمد رحمه الله تعالى والى هذا أشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالاجماع ويدل عليه قوله في أول الكتاب قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته بقي هنا اشكال وهو أن في تعليقه بموته يلزم ولا يزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد اللزوم ملكه الذى كان قبله اذ الملك هو المطلق الحاجز ولم

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذى سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كانه ليس بموجود وبقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليتامل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تامل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول لا نسلم ذلك فانه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدرى أعنى احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون مخالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليتامل (قوله وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعا فلو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية الشرع بان يراد بالقدرة القدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

والصدقة المنفذة الا فى المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبى يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما فى غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة و يزرع سنة و يصلى فيه فى وقت و يتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق

بخارى أخذ بقوله فى وقف المشاع وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزة فى الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض فى تينك لما فيهما من التمليك للغير وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبر فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أى سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشرطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا لمالكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم فى الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدى الى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو ميضأة عاما وأما النبش فليس بلازم من المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضى بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبى حنيفة و يتهايؤن وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لا تجوز وكذا التهايؤ وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولده وولد ولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الا سكناها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا وأناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكران أن يسكنوا نساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناها لمن جعل له الواقف ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة حصته على الساكن بل ان أحب أن يسكن معه فى بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لاحدهم ذلك والا ترك المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل فى بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور فى الشروح والفرع فى أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما أعنى الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبى يوسف فوقع نصيب الواقف فى محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق

المنفذة أى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهى فيما نحن فيه (قوله الا فى المسجد والمقبرة) استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها أما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجىء وأما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقى أن يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيهما فى غاية القبح الخ ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر

يبقى ذلك ولكنه فى حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب الغلة دائما فعلى هذا زوال الملك بالاجماع ولا يحتاج الى التخصيص بقولهما وقوله على اختلافهم لا يلايم التخصيص (قوله والصدقة المنفذة) أى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهى المملوكة احترز به عن الصدقة الموقوفة وهى التى نحن فيها فان الوقف صدقة أيضا لكن ليست بخاصة لعدم التمليك من الفقراء و يحتمل أن يحترز بالمنفذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز فى الشائع (قوله الا فى المسجد والمقبرة) استثناء من قوله و وقف المشاع جائز عند أبى يوسف رحمه الله (قوله فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة) بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما أراده الواقف وحاصل ذلك ان

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا وقال أبو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتأبد كالعتق فموجب الوقف يتأبد واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجبه زوال الملك وأجيب بان هذا قول محمد وروايته عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوفق وأقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب الى الله تعالى تارة في الصرف الى جهة تنقطع

قال المصنف (لهما ان موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بان هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه الى آخره) أقول فيه انه اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما اذا سمى جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فليتأمل قال المصنف (ولابي يوسف رحمة الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي

جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه وفي مرضه في المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم

جزء منه) يعني شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف (كما في الهبة) اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طار واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزأ بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة ألا ترى انه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شئ من ذلك لان قبض كل منهما الا في جزء شائع فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله

جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لانه يمنع الخلوص ولا بعد القسمة لانه لا يصلح لما أريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه فلا يكون مسجدا ولا مقبرة وأما الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق أما عند أبي يوسف رحمه الله فالشيوع غير مانع أصلا وأما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا يحتمل القسمة لصلاحه لما أراده الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن اما بطريق المهايأة أو بطريق الاستغلال وقسمة الغلة وأما المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضع يؤدي الى أمر قبيح بان تقبر الموتى فيه سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف وعلى هذا الصدقة المملوكة والهبة يعني لو استحق جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة لانه بالاستحقاق تبين أن الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق المعين لا يبطل لانعدام الشيوع كما في الوقف (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى) حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا

لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص

(ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تمليك) وزواله يتأبد بعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلا له) كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ماذكره المصنف ثابتا عنه من التأبيد حيث قال (وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا أن أبا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق) وعندهما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف المسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول فاما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فنهاما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يحتج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بينا انه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنها ماذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد

يعني الى الفقراء فانهم لا ينقطعون وهذا التفريع عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كما في المزارعة بدليل أنه قال في التعليل لهما أن موجب الوقف زوال الملك والملك لا يزول عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (قوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك) ليس هذا مذهب أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ولكن هذا مذههما فيكون هذا تعليل محمد رحمة الله تعالى عليه على أصلهما فيكون حجة على أبي يوسف رحمه الله (قوله وعند محمد رحمه الله ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة) ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول أبي حنيفة رحمه الله لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصدق

وأخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا محالة

يوسف يدل على أن قوله هو المختار (قوله والجواب أن المروي الخ) أقول هذا مما يهم في كثير من المواضع

قال (ويجوز وقف العقار) لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول أبي حنيفة

ما ان قلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عاد ما كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وماتي سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا وأسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه أرضه ثمغ وأخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف داراله على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فاسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر أن نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف *(فرع)* اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها *(فرع آخر)* وقف عقارا على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد لفلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أي على الاطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال

بالثمرة المعدومة وعندهما زوال العين الى الله تعالى فيصير محبوسا في ملك الله تعالى على أن تصل منفعته الى العباد فيكون التصدق بالمنفعة ثابتا في ضمن ازالة العين الى الله تعالى ولعل مراد محمد رحمه الله في قوله هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة أنه اخراج الملك الى الله تعالى على وجه يكون تصدقا بالمنفعة والغلة فالحاصل أن أبا يوسف رحمه الله ضيق أولا كل التضييق كما قال أبو حنيفة رحمه الله ثم رجع عنه ووسع كل التوسع ومحمد رحمه الله توسط بينهما فلهذا أفتى عامة المشايخ بقول محمد رحمه الله (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل) أي من مكان الى مكان ويحول أي يغير من هيئة الى هيئة أو هما مترادفان (قوله وهذا الارسال) أي الاطلاق سواء كان بطريق

وقوله (وهذا على الارسال) أي ما ذكره القدوري من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصودا أو تبعا كراعا أو غيره تعامل وا فيه أو لا قول أبي حنيفة والاكرة جمع أكار وهو الزراع كأنها جمع آكر تقديرا

(وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ماهو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا أولى (وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ماقالوا وهو استحسان والقياس ان لايجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالد فقد حبس أدرعا وافراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى

القدوري (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) والاكرة الحراثون (وكذا آلات الحراثة) اذا كانت تبعا للارض يجوز (لانها تبع للارض في تحصيل ماهو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كـ) بيع (الشرب) والطريق لايجوز مقصودا ويجوز تبعا وهذا كثير مستغن عن العد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح به انفق في مال الوقف والا لانفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فاخذ يته عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداءه فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على أرش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شئ فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلامعنى لافراد أبي يوسف (لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فتجويزه تبعا للعقار أولى وضمير لانه للشان أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لايدخل شئ من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ماقالوا وهذا استحسان والقياس أن لايجوز لما بينا من قبل) من شرط التابيد والمنقول لايتابد (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ماينقم ابن جميل الا أن كان فقيرا فاغناه الله وأما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي علي ومثلها ثم قال أما شعرت ان عم الرجل صنو أبيه وأما ماذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعه على اكراع لان فعالا لايجمع على افعال بل على أفعل كعقاب وأعقب وانما ذكر له في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكارع الا أن الطبراني أخرج عن ابن المبارك حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد ابن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا أن أموت على فراشي ومامن عمل أرجى عندي من لا اله الا الله وأنا متترس ثم قال اذا أنا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه مامن عمل أرجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وأنا متترس والسماء تهلني ننتظر الصبح حتى نغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكمه بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع أنه روي ان أم معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني أريد الحج أفاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وأما وقفه مقصودا ان كان كراعا أو سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لايجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفاس والقدوم وثياب الجنازة ومايحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لايجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضيخان وقف

التبعية أو القصد (قوله والقياس أن لايجوز لما بيناه) من قبل أن التابيد شرط فيه والتأبيد لا يتحقق

وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جاز افراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبع الشئ كما في المتعارف مثل الفاس والقدوم والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلان يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعا أولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله (لما بينا من قبل) يعني مامر ان من شرطه التأبيد والتابيد لايتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تامل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقا فلا تدبر

(قوله يعني مامر ان من شرطه التابيد والتابيد لايتحقق في المنقول) أقول وفيه تامل كتب وجهه في الجواب من دليل الشافعي على مايجيء

ويروى أكراعنوا الكراع الخيل ويدخل فى حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف مافيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد فى الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد ومالا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعى كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله

بناء بدون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن فى الخصاف ما يفيد أن الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال فى رجل وقف بناء دار له دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول فى حوانيت السوق ان وقف رجل حانوتا منها قال ان كانت الارض اجارة فى أيدى القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لانا رأيناها فى أيدى أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وانما له غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهى فى أيديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه والا فلا وذكر فى موضع آخر فى فتاوى قاضيخان اذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر أنه انما خص البناء بذلك لان العادة أن تتخذ على جنبتى النهر العام وذلك غير مملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء فى أرض هى عارية أو اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء فى أرض وقف جاز وقفه على الجهة التى تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل فى الفتاوى واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاف فى أرض الحكور اللهم الا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالاملاك على ماذكره وسمعته وفى الخلاصة اذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فى ذلك المسجد وفى موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس يأباه والنص ورد فى الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الاشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار ومالا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعى رحمه الله كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف مالا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز فى قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلى وأما الحلى فيصح وقفه عند أحمد والشافعى لان حفصة رضى الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة فى المغنى وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المصنف بان حكم الوقف الشرعى التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك فى الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ولا يلحق دلالة أيضا لانه ليس فى معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ماذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففى الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم

فى المنقول (قوله وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح وفى فتاوى قاضيخان رحمه الله اختلف المشايخ فى وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث رحمه الله وعليه الفتوى (قوله مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذى خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يتمكن بهما مع بقاء أصله فى

وقوله (الحاقا لها بالمصاحف) يعنى أن وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر فى فتاوى قاضيخان اختلف المشايخ فى وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذى خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله فى ملكه

وقوله (و يجوز بيعه) احترازعن حل الناقة والجارية فانه لايجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف فى المنقول لا يتأبد وهو ظاهر وما لا يتابد لا يجوز وقفه لان التابيد لا بد منه على ما بيناه فصارت المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار وقوله (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح و وجهه أن الاصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم الا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله (ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الاصل فى الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود فى المراجل والقدوم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس بموجود فى صورة النزاع كالعبيد والاماء والثياب والبسط وأمثالها فبقى على أصل القياس وقوله (وهذا) استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما لقوتهما ليس فى معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه) أى اذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا أن يكون مشاعا عند أبى يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته فقوله الا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لان معنى المبادلة فى قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعا اما امتناع التمليك فلما بينا يعنى ماروى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها لا تباع ولا توهب وما ذكره من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الخ الا

ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما فى معناهما قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه

رجوت أن يكون جائزا وعن الانصارى وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها فى الوجه الذى وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع و يدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير فى الرى وناحية دنبا وند والاكسية وأسترة الموتى اذا وقف صدقة أبدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها فى أوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل فى سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه مادام حيا ان أمسكه للجهاد جاز له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به فى غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعنى يبطل الشرط و يصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال فى الخلاصة وهذه دليل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عندى غير صحيح لانه يعود الى القبح الذى لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤاجر غير ذلك فنقول غايته ما يكون للسكنى و يستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابى يوسف وأما اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفى الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط واذا زوج السلطان أو القاضى جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان فى الاول اكتسابا للوقف دون الثانى ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن و يرجعن يدخل فى وقفه الحمامات الاصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جائز و ينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها الا ان تفسد أغصانها فان لم ينتفع باوراقها وثمرها فانها تقطع و يصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا غرس مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقى بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقى متروك على حالها (قوله واذا صح الوقف) أى لزم وهذا يؤيد ما قدمناه فى قول القدورى واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تمليكه) هو ملكه (قوله ويجوز بيعه) احترازعن أم الولد فانه لا يجوز وقفها (قوله ولا معارض من حيث السمع)

قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تابد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود فى محل النزاع أيضا فليتامل (قوله استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تمليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والامر سهل

الا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

باجماع الفقهاء (الا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى آخره ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أي عندهما فان على قول أبي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات (فلانها تمييز) معنى (وافراز غاية الامر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمة (بعد موته) فالقسمة (الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له ف) للقسمة طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضي) بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) ان أحب وهذا (لان الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بان كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الآخذ شريكه بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا أما اذا انهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وأنت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر

والقياس في المنقول أن لا يصح وقفه لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأبيد الا أن السمع عارض القياس في البعض كما في الكراع والسلاح حيث وردت الآثار المشهورة وفي البعض عارض القياس التعامل كما في الفأس والمر والقدوم والقدور والمراجل فبقي الباقي كالثياب والبسط وكالعبيد والاماء قصدا على القياس اذ لا معارض فيهما من حيث السمع والتعامل (قوله الا أن يكون مشاعا) الغالب جهة المبادلة في القسمة اذا كانت في غير المثليات فيكون في معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجز بيعه (قوله ولو كان في القسمة فضل دراهم) اعلم أن ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا بتراضيهم أو وقعت الضرورة في ادخالها بان وقع البناء في أحد النصيبين أو كان أحد النصيبين أجود فحينئذ يجوز أن تعطى الدراهم من وقع البناء في نصيبه أو وقع نصيبه أجود فيما روي عن أبي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى (قوله ان أعطى الواقف لا يجوز) أي ان أعطى المشتري الواقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابلة الدراهم شيأ من

وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر وقوله (فهو الذي يقاسم) أي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله (خالص) صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف الذي هو الواقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع أمره الى القاضي ليقاسمه أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بان كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا ضرورة أو بالتراضي على ما سيأتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلو اما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيأ من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري شيأ بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز

قال (والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أى مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه

البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته فهو للواقف ولو ورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولى على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيأ من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلى في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضى اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشرط) لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالى من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الائمة وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكه يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أى الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أى لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزارى عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشترى المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشترى لانه في يده اه ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أى عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزموا لعدم اجتماعهم واعسارهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره للفقراء فهو في ماله أى مال شاء في حياته) فاذا مات فمن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من

الوقف فيصير الواقف بائعا للوقف في ذلك القدر فلا يجوز وأما اذا أعطى الواقف فضل الدراهم المشترى جاز

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم أى لا يفوز المتولى بهم لعدم تعينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم الى المتولى هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعنى حتما لانه قال فهو في ماله أى مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض

بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التى وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شئ آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة فى الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على مامر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى) لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة

غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هى (بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التى وقف) عليها (فاما الزيادة فليست بمستحقة) فلا تصرف فى العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أى لا يزاد على الصفة التى كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أى الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيأ قال الامام فخر الدين قاضيخان رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضى الوقف فى يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيأ أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العمارة (أولى) من الثانى وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احداهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من) الزام الضرر بـ(اتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيـ)ـما اذا عقد عقد (المزارعة) وبينا

لان الواقف حينئذ يصير مشتريا شيأ بمقابلة الدراهم وواقفا لذلك الشئ الذى اشتراه فيجوز (قوله ولان الخراج بالضمان) هذا فى الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ومعناه الغرم بازاء الغنم من تولى حارها تولى قارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل فى مضرة بمقابلة منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والغلام والمراد من الضمان المؤنة أى كل من كان له منفعة شئ كان عليه مضرته فكان معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته وقيل معناه أن يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فانه يرده والغلة له لانه لو مات كان فى ضمانه ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن العزيز قضاءه بالغلة للبائع (قوله وعند الآخرين يجوز ذلك) اعتبروا بما اذا كانت الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب فى استئجار بيوتها وتكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم أن يبنى بيوتا ويؤاجرها لان الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له أن يشترى بالغلة دارا أخرى ليضمها زيادة الى الوقف وأما تلك المسئلة فبناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبديل جهة الاستغلال بجهة هى خير من الاول فالمستغل واحد والجهتان فيه مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة الزيادة كذا فى وقف هلال رحمه الله (قوله والاول أصح) وهو أن يكون البناء الثانى مثل الاول لا زائدا على الاول (قوله والاول أولى) وهو اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من

كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعنى لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أى لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن فى ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو أن يكون البناء الثانى مثل الاول لا زائدا عليه أصح لما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر وقوله (والاول أولى) يريد به اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثانى هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا

فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه فى حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف وان احتاج اليه ان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها) لانه لابد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه فى الحال صرفها فيها والا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل (ولا يجوز أن يقسمه) يعنى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى

من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لان امتناعه فى حيز التردد) يعنى دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترددة فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدر على العمارة أولرجائه اصطلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجرها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلله بقوله (لانه غير مالك) وفى تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة فى وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى أن لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وأن لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى أن يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذى قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه رأى فى المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم تجوز اجارته وهذا فى الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وان لم يشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه فى المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كرماد تسفوه الرياح وخطر لى انه يخيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها او بين أن يردها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفا على ما صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تتحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا

له السكنى لان فيه رعاية الحقين والثانى ترك العمارة لان فيه فوت الحقين (قوله ولا يكون امتناعه رضى منه) هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العمارة فقد رضى ببطلان حقه فلا تجب رعاية حقه فاذا عمرها القاضى ينبغى أن لا يردها عليه فاجاب رحمه الله بان الرضاء فى حيز التردد لاحتمال أنه انما امتنع اعتمادا على أن القاضى اذا عمرها يردها عليه أو لان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله فى الحال (قوله لانه غير مالك) والاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك لا يتحقق من غير المالك فان قيل المستأجر لا يملك الدار ومع ذلك كان له أن يؤجرها من آخر للسكنى وكذلك فى كل عمل لا يختلف باختلاف المستعمل قلنا هناك ملك المستأجر المنفعة وهنا أبيحت المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب اباحة المنفعة راجعا الى الواقف حتى لم تقم ههنا عين الوقف مقام المنفعة فى ابتداء الوقف لانه لا يلزم تمليك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث أقيمت الدار مقام المنفعة وقت الاجارة لئلا يلزم تمليك المنافع المعدومة فلما ملكها فى الاجارة ملك أيضا تمليكها من غيره (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) أى آلة البناء كالخشب وغير ذلك النقض بضم

وقوله (فى حيز التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله فى الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بانه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين فى ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة فى ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعنى ما انهدم من آلة الوقف بان بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفى الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه

معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفها اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقر به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار أنه لا يكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف) فهذان فصلان ذكرهما القدوري (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبي يوسف) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن أصحاب الشافعي ابن سريج (ولا يجوز على قياس قول محمد وهلال) الرأيي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة وقيل ان هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الرأيي بتشديد الراء المهملة لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري وكذا صحح في مسند أبي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده الفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض) أي قبض المتولي فلما اشترطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسئلة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا

النون البناء المنقوض والجمع نقوض وعن الغوري النقض بالكسر لا غير كذا في المغرب وفي الصحاح ذكره الكسر لا غير (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز) أما الاول وهو جعل الغلة لنفسه جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه مشايخ بلخ وذكر الصدر الشهيد أن الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله ترغيبا للناس في الوقف (قوله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله) لان التسليم الى المتولي عنده شرط وقد عدم ههنا وقال الفقيه أبو جعفر رحمة الله تعالى عليه وليس في هذا عن محمد رحمه الله رواية ظاهرة الا شئ ذكره في كتاب الوقف اذا وقف على أمهات أولاده جاز قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد في حال حياة المولى يكون للمولى (قوله وهو قول هلال الرازي) هكذا وقع في بعض نسخ الفقه بالزاي وذكر في المغرب هلال الرأيي بن يحيى البصري صاحب الوقف والرازي تحريف وقيل الخلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز فعند محمد رحمه الله التسليم شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وينقطع اختصاصه به وشرط الغلة ينافي ذلك (قوله فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهذا على أصل أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه ظاهر فان عنده لو شرط بعض الغلة

وقوله (ولا يجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولي شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فانه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه في حال حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده في حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته أي اشتراط صرف الغلة في ابتداء الوقف لامهات أولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على أمهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبي

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما بناء الخ) أقول في هذا البناء نوع تأمل ظاهر لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازي قال المصنف (وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول يخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهم تغليبا للذكور على الاناث

يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى أمهات أولاده ومدبريه وجه قول محمد أن

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابى يوسف ما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما فى المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق فى المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بان حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة فى أصل الوقف اذا قال فى حياتى وبعد وفاتى يلزم أما لو وقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبى يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك) للغلة أو للسكنى (فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لى لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن تمليكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا فى الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بينا (ولابى يوسف ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا أن فى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن حجرا المدرى أخبرنى قال ان فى صدقة النبى صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا فى اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغى أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافى للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافى ذلك (كما اذا بنى خانا وشرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة) روى معنى هذا الحديث من طرق

او كلها لنفسه فى حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده فى حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك فى حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة رحمه الله فى أصل الوقف اذا قال فى حياتى وبعد مماتى يتعلق به اللزوم (قوله ان الوقف تبرع على وجه التمليك) أى التمليك من الله تعالى بالطريق الذى قدمناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولى لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره (قوله فصار كالصدقة المنفذة) أى سلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا تجوز (قوله وشرط بالجر) بان جعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز فى الكل (قوله فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه كما فى الصيد والحشيش وسائر المباحات) واذا

الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه أى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز فى الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله (ولابى يوسف ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام فى مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابى يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف

قال المصنف (وجه قول محمد رحمه الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التمليك) أقول فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ولما قاله الشارحون من أن فى الوقف اباحة المنفعة لا تمليكه كما سبق فى الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير الغلة

ولو

ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل

كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالا فأطعمه نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وأخرج الحاكم أيضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذا اللسان المتقى وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شئ فلأهلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث على الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أيمانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما للتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضا أخرى) تكون وقفا مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان أبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه أن ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا أن يجعله له واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له ان يستبدل لنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيخان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل

شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند أبي يوسف وهلال والخصاف رحمهم الله استحسانا لان فيه تحويله الى ما يكون خيرا من الاول أو مثله فكان تقريرا لا ابطالا وعند محمد رحمه الله وأهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به

ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك جاز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله

الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذى شرط فى أصل الوقف اذا لم يخالف أمرا شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يفتى به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أولا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغى أن لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيخان وان كان لا لذلك بل اتفق انه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغى أن لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب فى الاول الشرط وفى الثانى الضرورة ولا ضرورة فى هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا فى رواية عن أبى يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبى يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثانى ينبغى ان لا يختلف فيه كما قلنا وفى فتاوى قاضيخان أجمعوا أن الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط أشار فى السير الى أنه لا يملكه الا باذن القاضى ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفى القاضى فيما لا شرط فيه لا فى أصل الاستبدال والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محمل ما ذكرناه عن الانصارى ما اذا لم يشرطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على أن أبيعها وأشترى بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على أن أبطلها ولو اقتصر على قوله على أن أبيعها وأشترى بثمنها أرضا جاز استحسانا واذا قال على أن أستبدل أرضا أخرى ليس له ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولو قال بارض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها الان الا ما كن قد تختلف فى جودة الارض وينبغى ان كانت أحسن ان لا يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيأ استبدل ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين فى تركته وكذا لو استهلكه أما لو ضاع الثمن فى يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشترى صحت الهبة ويضمنه فى قول أبى حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض ففى قياس قول أبى حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنص أو بارض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها الانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الا أن يكون عمم لنفسه الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال المشترى قبل القبض أو بعده فله ان يصنع بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى فى القياس تبقى الثانية وقفا وفى الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن للوصى ذلك لان فى الوكالة وهو حى لو تمكن خلله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصى ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدلا معا فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لانه هو الذى شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل قيما كان لكل أن يتصرف وحده ولو ان أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذى

فيبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيبطل كما فى المسجد اذا شرط الاستبدال أو شرط أن يصلى فيه قوم دون قوم

ولو

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف

ولو شرط الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهــذا بناء على ماذكرنا وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب

أقامه القاضي الآخر قال اذا رأى المصلحة فى ذلك كان له عزله والا فلا (قوله ولو شرط) أى الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بان قال وقفت دارى هذه على كذا على انى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ماذكرنا) يريد الاصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلما لم يشرط تمام قبض متولا انبنى عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السمتى لان الوقف كالاعتاق فى أنه ازالة الملك لا الى مالك ولو أعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار فى المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندوانى على قول محمد ينبغى أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر فى المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا فى الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم فى أصل الوقف تم له هذا وقدمنا ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيدا بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التأبيد وكان شرط الخيار فى نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد فى صلب العقد فاذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره فى فتاوى قاضيخان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفى فتاوى قاضيخان أيضا قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشترى قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له ان يصنع به ما شاء *(فروع)* اشترى أرضا على انه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشترى ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقفها فى الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أى القدورى (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية اليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكره هلال فى وقفه) فقال

فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا (قوله وهذا بناء على ماذكرنا) اشارة الى أنه يجوز أن يجعل الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذا يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى فيه وعند محمد وهلال رحمهما الله تعالى الوقف باطل لان تمام الوقف على مذهب محمد رحمة الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ولهذا لا يتم القبض فى الصرف والسلم مع شرط الخيار ولان تمام الوقف بتمام الرضا ومع شرط الخيار لا يتم الرضا فيبطل الوقف كالاكراه على الوقف ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمة الله تعالى عليه لم ينقلب جائزا بابطال الخيار بعد ذلك (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف رحمه الله) وهو قول هلال رحمة الله تعالى عليه أى فقد نص فى فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه فى الكتاب بقوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبي يوسف رحمه الله وذكر فى المحيط واذا وقف الرجل أرضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائز والولاية للواقف

باطل وانما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف أيضا (قوله وهذا) أى الخلاف (بناء على ماذكرناه) اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف فانه لما جاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضا وبهذا البناء صرح فى المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التأبيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا فى نفس العقد فكان المفسد قويا (وقوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أى فقد نص القدورى فى فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكره هلال فى وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لان له الولاية

(قوله فانه لما جاز أن يستثنى الى قوله أيضا) أقول وفى الملازمة الاولى نوع تأمل

وذكر هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا القاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

(وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون قول محمد لان من أصله) أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافي هذا الشرط أجيب بوجهين أحدهما أن تاويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولى فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيخان ذكر محمد في السير أنه اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشرط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم الى المتولى بشرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا ان شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشرطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التتمة والذخيرة والآخر أن معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له أنه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا لان شروط الواقف تراعى ومن ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد منا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولي فيه من شاء ممن يصلح لذلك وهو من لم يسال الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فان القاضي ليس أقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مامون فهو أحق من القاضي لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلاهل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه ناخذ الا أن يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مامون على الوقف فللقاضي أن يخرجه نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للاصغار وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجه عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مامون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان

كذا ذكر هلال والخصاف رحمهما الله (قوله وذكر هلال) قال أقوام أي بعض المشايخ رحمهم الله أن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله تعالى الاشبه أن

شرط أو سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولى شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولى فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله ان التسليم الخ ومعناه اذا سلمه الى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعه وأخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيخان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولى شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم الى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

(فصل) (واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه و يأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به وأما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد و يشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لانه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضيخان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فاوصى أحدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لانه انما رضي برأيهما وفيه الو جعل أرضه وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصي نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيأ فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصي ولو قال أنت وصي في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها

(فصل) لما اختص المسجد باحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرده بفصل على حدته وأخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضا روايتان والفرق على احداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه ويأذن للناس في الصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول الا بصلاة

يكون هذا قول محمد رحمه الله لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا أسلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند الاخراج عن ملكه ألا ترى أنه لو شرطها لغيره يثبت لغيره فاذا شرطها لنفسه أولى أن يثبت له لان هذا الشرط بقاء للولاية الثابتة له معنى وذكر محمد رحمه الله تعالى في السير اذا وقف ضيعته وأخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم وذكر في فتاوى قاضيخان رحمة الله تعالى عليه ولو قال أرضي هذه موقوفة ان شئت أو أحببت كان الوقف باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا أنه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء وقف والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله فلانه لا يخلص لله تعالى الا به) ولا بد أن يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وأن المساجد لله أي مخلصة لله ولا يخلص لله تعالى الا به (قوله و يشترط تسليم نوعه) أي تسليم يليق بنوع هذه القربة و يشترط في كل نوع تسليم ما يليق به وهو في المسجد بالصلاة فيشترط أدناه وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بصلاة الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم ولهذا جعل أمان الواحد مع المسلمين كأمان الكل وعن محمد رحمه الله تشترط الصلاة بالجماعة وكذا عن أبي حنيفة رحمه الله و يشترط مع

(فصل) فصل أحكام المسجد عما قبله في فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ومنع الشيوع عند أبي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكأنه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته وأما اذا قال جعلت أرضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلو أزاله لله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد انه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا و يشترط مع ذلك ان تكون الصلاة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد فان أذن رجل

(فصل) واذا بنى مسجدا

وقد بيناه من قبل قال (ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه) لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب

جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قولهما فلان الملك لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولي لان تعينه لتحقق التسليم الى من أخرج اليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته اليه غير ان المتولي يقام مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا واماما فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة ان يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولي يفيد انه لو سلمه الى متول جعله له صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه ووجه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتي بان لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها الا التصدق بالغلة وهي معدومة فلا يصح بل الوقف ينبئ عن الابقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لاخراجه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه ليس منبئا عن ابقاء الملك ليحتاج الى القضاء بزواله فاذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما انه لا يحتاج في جعله مسجدا الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه أو نثر نثارا كان اذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والاذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف اكتفينا بذلك كمسئلتنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلاة أو لم يأذن ويصير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كلا من مجرد القول والاذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الارض لتبريد الماء وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله بيعه ويورث عنه اذا مات) ولو عزل بابه الى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شئ له فكان

ذلك أن تكون الصلاة باذان واقامة جهرا لا سرا حتى لو صلى جماعة بغير أذان واقامة سرا لا جهرا لا يصير مسجدا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان جعل للمسجد مؤذنا واماما وهو رجل واحد فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان أداء صلاته على هذا الوصف كالجماعة ألا ترى أن أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا مؤذن مسجد اذا أذن وأقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وبقبض المتولي هل يصير مسجدا من غير أن يصلي فيه فقد اختلف فيه

واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف كالجماعة وقوله (وقد بيناه من قبل) اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابة وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله (فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال تعالى وان المساجد لله أضاف المساجد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد في أسفله أو في أعلاه لا يتحقق الخلوص

(قوله وقوله وقد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ويتم الوقف الخ) أقول وفيه بحث بل هو اشارة الى قوله واذا كان الملك يزول بالقول عند أبي يوسف الخ

مصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى

فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكر أما اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتد فيه وتدا على قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذن صاحب العلو وأما اذا كان العلو مسجدا فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقوفا لصاحب المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتابد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التابيد شرط وهو مع المقتضى وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشئ وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه جوز ذلك في الوجهين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الري) وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس فيه) اذ لا عامل له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه) الاربع (كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى) وعن كل من أبي حنيفة ومحمد أنه يصير مسجدا لانه لما رضي أن يكون مسجدا ولم يصر مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضيخان رجل له ساحة لا بناء فيها أمر قوما أن يصلوا فيها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجدا فيما اذا أطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه أراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شئ من الطريق مسجدا أو يجعل شئ من المسجد طريقا للعامة اهـ يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدثوا له بابا آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف

(قوله وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه) أي عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (قوله وعلى ظهره) أي على سطحه (قوله أجاز ذلك كله لما قلنا) أي لضيق المنازل (قوله ولو خرب ما حول المسجد

(قوله وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين) يعني فيما اذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت وعن محمد انه أجاز ذلك كله أي ما تحته سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص أو لانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لانه اسم مبهم لداخل صحن الدار لا لشئ معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله (ولانه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم

قال المصنف (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكي أن محمدا مر بزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف وأبو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله

أصله فانقطع تصرفه عنه كما فى الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبى يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك البانى أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول فى الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضى الكل من الخلاصة الآن قوله وعلى القلب يقتضى جعل المسجد حبسة وفيه نظر وقد ذكر المصنف فى علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبنى حوانيت فى المسجد أو فى فنائه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكنا تسقط حرمة المسجد وأما الفناء فلانه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أى استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان فى قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا فى الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روى أن عمر كتب الى أبى موسى لما نقب بيت المال الذى بالكوفة انقل المسجد الذى بالتمارين واجعل بيت المال فى قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حيا (والى ورثته) ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه فى بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه) وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه وكهدى الاحصار اذا زال الاحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ماشاء واستدل أبو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا أن لقائل أن يقول القربة التى عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا أساً فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثال فالاوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالمعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد وأما ماقاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير وأما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب أبى يوسف أنه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ماجعله مسجدا ليصلى فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلى فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيده لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال فى المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفى الخلاصة قال محمد فى الفرس اذا جعله حبيسا فى سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كما فى المسجد وان لم يعلم صاحبه يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا فى محلة ومات أهلها كلهم لا ترد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية فى الحصر والبوارى انها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلوانى فى المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه أنه يصرف أوقافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لابى يوسف وكذا حانوت فى سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن الوقفية وكذا فى حوض محلة خرب

واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبى يوسف رحمه الله) هذه المسئلة مبنية على أن أبا يوسف رحمه الله لا يشترط فى الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن

صار مسجدا (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجدا عند أبى يوسف) الى أن قال وعند محمد يعود الى ملك البانى قال فى النهاية وفى الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بيناه فان أبا يوسف لا يشترط فى الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجدا ومحمد يشترط فى الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء واذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا وحكى أن محمدا مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبى يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك البانى يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعنى انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد أن كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد

اصطبلا بمرور الزمان انتهى فى توجيه طعن أبى يوسف تأمل فان الاستبعاد فى بقائه مسجدا على تلك الحال كما فى المزبلة على قول أبى يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجدا فسقط ملكه فى ذلك المقدار من الزمان

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين) أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به

وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للبانى وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال فى جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وفى الفتاوى الظهيرية سئل الحلوانى عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى بيعها ويشترى بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وعلى هذا فينبغى أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا المتولى أن يبيع من تراب مسبلة اذا كان فيه مصلحة وفى فتاوى قاضيخان وقف على مسجد خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر بشئ قليل يبقى أصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهى بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبنى أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التى ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه فى يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقى الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض أشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيأ من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال أنه ان أمكن شراء شئ يستغل ولو قليلا أو اجارة الارض بشئ ولو قليلا فعل وحفظه لعمارة ما بقى ولو خرب الكل وتعذر أن يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا حينئذ يرجع الى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه الى متول (لانه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) فى الحال

لا يكون مسجدا وعند محمد رحمه الله يشترط فى الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا وحكى أن محمدا رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبى يوسف رحمه الله يريد به أنه لما لم يقل بعوده الى ملك البانى يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر أبو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعنى لما قال بعود ملكه فربما يجعله المالك اصطبلا بعد أن كان مسجدا وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه وقيل هى من وضع الفرقة الجهلة الممقوتة عند الله تعالى استخرجوا من اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح أباطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم فى بعض ويأبى الله الا أن يتم نوره فمحمد رحمه الله يقول انه جعل هذا الجزء مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء وكذلك لو كفن ميتا ثم افترسه السبع عاد الكفن الى ملك صاحبه وكذا اذا علق قنديلا وبسط حصيرا فى المسجد ثم خرب المسجد وأبو يوسف رحمه الله يقول بل زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لانه ما جعله مسجد المصلى فيه أهل المحلة لا غير وانما جعل مسجد المصلى فيه العامة لان للعامة حق اقامة الصلاة فى المسجد واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر المساجد وأما هدى الاحصار فهو لم يزل عن ملكه قبل الذبح وكالمنافيما اذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بازالة الغير عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة لحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حالة الحياة وقد وقع

مذهب صاحبه لما أشار اليه استدل أبو يوسف بانه سقط ملكه فى ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان فى زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن أن يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك فى سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول فى الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر وقوله (ومن بنى سقاية أو خانا) ظاهر

فيسكن فى الخان و ينزل فى الرباط و يشرب من السقاية و يدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت كما فى الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه و يغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داراله بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله تعالى ودفع

(قوله أن يسكن فى الخان و ينزل فى الرباط و يشرب من السقاية و يدفن فى المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما فى الوقف على الفقراء) بل أولى لان الثابت فى كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه فى وقفت وتصدقت وفى هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط فى زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم وعند أبى يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستقى الناس من السقاية و يسكنوا الخان والرباط و يدفنوا فى المقبرة لان التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرنا) من سكناهم الخان والرباط الى آخره (و يكتفى بالواحد) فى التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أى تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) اذا احتفره (والحوض) يزول الملك اذا استقى منهما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له فى طريق المسلمين و جعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض فى الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها المسلمين تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا (ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه) أعنى السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لانه) أعنى المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أى تسليمه (كفعلهم) أى تسليمهم (وأما فى المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بانه) أى المسجد (يحتاج الى من يكنسه و يغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم) لانه متول له عرفا واختلف فى المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفى فى ازالة الملك عنه التسليم الى متول (لانه لا متولى له) فلا يزول الملك الا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى) (قوله ولو جعل داراله بمكة سكنى للحاج والمعتمرين أو جعل داره فى غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها فى ثغر من الثغور سكنى للغزاة

الاستغناء للمستعير فيعود الى المعير وأما الحصير فالصحيح من مذهب أبى يوسف رحمه الله أنه لا يعود الى ملك متخذه بخراب المسجد بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد لان الخلق عيال الله تعالى فمن كان نفع لعياله كان أحب اليه فلذلك اتخذت السقايات قربة والقربة ما يتقرب به الى الله تعالى والخان الموضع الذى يكون فى المفاوز فى طريق البلاد لينزل فيه أبناء السبيل وقوله يسكنه بنوا السبيل تفسير له كقوله تعالى تمر ذمة قليلون و يقال رابط الجيش أى أقام فى الثغر بازاء العدو مرابطة و رباطا ومنه اصبروا وصابروا و رابطوا أى أقيموا على جهاده بالحرب وقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جمع ربيط بمعنى مربوط والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار والثغر موضع المخافة من فروج البلدان (قوله ودفع

وقوله بخلاف المسجد) يعنى أن حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط فى المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعنى أن التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن فى السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (فى هذه الوجوه) أى فى السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (و يكتفى بالواحد) ظاهر وقوله (سكنى لحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار فى قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان و يقال رابط الجيش أقام فى الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله سبحانه وتعالى أعلم

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا أن فى الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف فى الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة فى سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى فى السقاية والمقبرة وفى الدار المسبلة عندهما الخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول أبى يوسف وعند أبى حنيفة له يرجع مالم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع الى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع فى المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى الارض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى فى ذلك كله على خلاف قول أبى حنيفة رضى الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان فى المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل فى الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فى الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان فى عقار وقفه دخلت فى الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأى فيها للقاضى ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون فى الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلا غرس شجرة فى المسجد فهى للمسجد أو فى أرض موقوفة على رباط مثلا فهى للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهى له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف ولو غرس فى طريق العامة أو على شط النهر العام أو شط الحوض القديم فهى للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبت من عروقها أشجار فهى للغارس ولو بنى رجل فى المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان فى الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك أهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره أن يقبر فيه وان كان فى الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة فى المسجد أو نزل فى الرباط فجاء آخر لا ينبغى أن يوحش الاول ان كان فى المكان سعة وذكر الناطفى أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فان كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم فى جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فان) الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول) لان الغنى لا يقدر على استصحاب ما يشرب به فى كل مكان ولا على أن يشترى ذلك فى كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب فى الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لان العرف على أن بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان فى المتولى والموقوف عليه

(الفصل الاول فى المتولى) قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولى أن يشترى بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا فى الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا أو باذن المتولى بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال أو غير معد له حتى لو باع المتولى دارا للوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا هذا قولهما وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا كله لصاحبه أن يرجع ويبطل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية وغيرها ويبيعها وان مات كان

للوقف كان على المشترى أجرة مثله وللمتولى أن يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها فان كان أكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذعا من ماله فى المسجد كان له الرجوع كالوصى اذا أنفق على الصغير وله أن يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا وآجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشترى ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضى ويرجع فى غلة الوقف وذكر الناطفى وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبذره بأمر القاضى لان القاضى يملك الاستدانة على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولى لا يملكه والاستدانة أن لا يكون فى يده شئ فيستدين ويرجع أما اذا كان فى يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة المثل ولو أنفق دراهم الوقف فى حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها فى الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال الوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال للدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبنى على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما قاله ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشترى منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وقيما هذا فى قول أبى يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف فى حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصى قيما فى الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيما بغير أمر القاضى فقام وأنفق من غلات وقف المسجد فى عمارته اختلف المشايخ فى هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضى لكن لا يضمن ما أنفق فى العمارة من غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته فانه غاصب والغاصب اذا أجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا فى فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضى لينصب لهم وقيل بل الاولى فى هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا الهم وليس للمشرف أن يتصرف فى مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف فى معنى المشرف وللمتولى أن يفوض الى غيره عند موته كالوصى له ان يوصى الى غيره الا اذا كان الواقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضى اذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضى أن يجعل للذى أدخله ما كان الواقف جعله للذى كان أدخله لان للواقف فى هذا ما ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا فى ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع والثالثة القاضى اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه أما لو كان القاضى أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندى أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أما لو مات قبل أن يقول ضمن وكذا لو باع المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون دينا فى تركته وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية حائط الوقف اذا مال الى

ميراثا عنه الا أن يحكم بها حاكم والفتوى فى ذلك كله على قولهما للبلوى والتعارف وعليه اجماع الامة ألا ترى أنه بقى آثار الماضين فى هذه الوجوه وكفى بالاجماع حجة والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

أملاكهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضي ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن يبني قرية في أرض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض مافضل من مال الوقف قال ان كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة وأكثر مايجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصلح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولي أرض الوقف وقال زرعتها لنفسي وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الارض وليس عليهما أجر مثل الارض و يقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال أزرعها به يأمره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق به ولا يخرجه عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوى قاضيخان وغيره و ينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله و برأ من علته عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه من أمر الوقف و يجعل له من جعله شيأ وله أن يعزله و يستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله و يرجع الى القاضي في النصب ولو أخرج حاكم قيما فمات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بأن ذلك القاضي أخرجه بلا جنحة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة انه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله وأقام بينة انه صار أهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهي بالمصالح و يصرف الاجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ولذا قلنا لو عمي أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطي قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يخاصمونهم وفي وقف الخصاف ان حكم القاضي أن لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره ومالم يحكم بذلك له أن يعطي غيره ويحرمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

(الفصل الثاني في الموقوف عليه) وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد وعمرو فرد أحدهما أو ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين وكذا اذا ردا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ماسوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يردها بل بعدها على ولده وقوله على ولد فلان أبدا ماتناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل و يجعل من لم يقبل كالميت بخلاف مالو أوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فرد واحد فحصته لورثة الموصي وهذه مما افترق فيه الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ماله لولده صغارا كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفا مادام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين اشترك فيه الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا وانما روي عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق

شمس الائمة بينهما وبين هذه بان ولد الولد اسم لابن ولده وولده وبنته وولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل
وفي ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد
رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر
الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح
من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا
وكذا ولد ابنه وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يضف الى الولد كما يقال
ولدت فلانة فانه يقال أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه واذا
عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادي فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادي وأولاد
أولادي ادخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى
يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي صرفت الى
أولاده أبدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا أن يرتب
الواقف ولو قال أولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي
وأولادهم وله أولاد أولاد مات آباؤهم قبل الواقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد
موت أولئك على أولادي فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادي وأولاد
أولادي لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادي
وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فمات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقين من اخوته بخلاف
ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواه ولو قال على بني وله
ذكران صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل الجمع اثنان فانما جعل
مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان
النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشكل باولادي فانه يصرف للواحد الكل الا أن يكون عرف في
أولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادي ونقل الخلاف بين أبي
يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازه أبو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود
الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بني واختاره هلال وعن أبي حنيفة
اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه
وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بني تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بني أب يحصون
أما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بني فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له الا
بنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتي لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا في
بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة باقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق
لانا نتيقن بوجود الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة
أما لو جاءت أمته بولد لاقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه متهم في الاقرار على الغير أعني باقي المستحقين
بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولو مات الواقف من غير تخلل وقت يمكن فيه الرجوع الى أهله
فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تخلل
مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من حمل حدث وخروج
الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره في فتاوى قاضيخان وهذا
في الحب خاصة وفي وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد
يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة تستحق
على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا

قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصاغر ولدي أو العميان منهما أو العور فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكني البصرة مثلا وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا نزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجود يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على أن من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطى الغني والفقير من الاولاد الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبتها عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقدم بالبينة غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لاقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغني رجع اليها الكل وفي وقف الخصاف رحمه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا انظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل مما بعدها وكذا لو خص عميان أولاده ونحوه تعينوا والمحتاج الذي يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار يستغلها وان لم تف غلاتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار التي يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال واعلم أنه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغني والفقير منهم الا أن يخص الفقراء كما ذكرنا وأما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم فانبنى على هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تمييز في الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أنه ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة أرضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع لفقرائهم وصرح في وقف الخصاف بصحة الوقف على أرامل بني فلان وانه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن يحصين أو لا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن أعطى منهن أجزأ والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات وخالفوا في الايامى فاذا وقف على أيامى بني فلان وبعدهن للمساكين أو أيامى قرابتي ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وان كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل أنثى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أو لا ولو قال على كل ثيب من بني فلان أو من قرابتي فان كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة

من القسم فهو باطل والغـلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بفجور وان زوجت أولا وان لم تبلغ ولا بكار قرابتى أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولمن يحـدث أبدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العـذرة زائلة وفى كل ما لا يحصى ممن ذكرنا أنه لا يصح معـه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزأ كالوقف على الاقارب وقف على أهل بيتـه ثم المساكين دخل الغنى والفقير ممن يناسبه الى الاب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب أولا ممن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من سـتة أشهر من مجىء الغلة ولو كانوا متفرقين لقوم أو كفارا أو ذميين ولا يدخل فى ذلك الاب و يدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وولد الذكور منهم وان سفلوا ولا تدخـل أبناء البنات من ولده الا اذا كان آباؤهم ممن يناسبه الى ذلك الجد الذى أدرك الاسـلام ولا يدخل للواقف ولا أولاد عمـاته ولا أولاد اخوانه اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على آلى وجنسى كأهل بيتى ولا يخص للفقراء منهـم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهـم سواء حيث يكون ان يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا يتقيد بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبـه الى أقصى أب فى الاسلام من قبل أبيـه أو الى أقصى أب له فى الاسـلام من قبل أمـه لكن لا يدخـل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفى دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات ورحمى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوى الرحـم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى قرابتى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيـه ولو عكس فقال على قرابتى فاذا انقرضوا فعلى أهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لابى وله اخوة متفرقون اذ بعـد انقراض الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند أبى حنيفة رضى الله عنه الملاصقون فهو لجميع من فى كل دار لاصقته من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الابواب أو بعدت وعند أبى يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحـدة أو مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وتفرقوا فى مسجدين فهى محلة واحـدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فلكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد هم الملازقون السكان سواء كانوا مالكين للدار أولا وسيأتى بقيته هـذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حقه من الوقف

(كتاب البيوع)

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصـة وما اجتمع فيـه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع فى حقوق العباد وهى المعاملات ثم فى ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت فى مواضعها ووقع فى آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعنى البيع على الوقف ووجهه أن الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفى البيع الى مالك فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه فى المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود

(كتاب البيوع)

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهو من الاضـداد و يقع فى الغالب على اخراج المبيع عن الملك قصـدا و يتعدى الى المفعول الثانى بنفسه وبحرف الجر يقال باعه الشىء و باعه منه والشراء كذلك من الاضداد قال

(كتاب البيوع)

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع فى بيان ما بقى منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع فى اللغـة تمليك المال بالمال وزيد عليه فى الشرع

(كتاب البيوع)

فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشئ اذا شراه ويقال باعه الشئ وباع منه ولاشتماله على الانواع الآتي ذكرها جمعوه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره أحد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بيناذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول أو مادل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكاله لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية ولوضيعة وسيأتي تفسيرها

والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيدا الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ والذي يظهر أن التراضي لابد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شئ آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفي الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلابد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشتري شيأ أو يبتدئ مزاولة شئ فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفي كل منها مالا يخفى من الفساد وفي الثاني من الذل والصغار مالا يقدر عليه كل أحد ويزرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم وقد قالوا شرطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولارضا كما في بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع

الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم أي باعوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصدا وانما جمع المصدر على تأويل أنواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع المساومة وهو البيع بثمن يتفقان عليه وبيع المرابحة وهو البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الاول بلا زيادة وبيع الوضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول والكل مشروع اذ البيع يطلق على الكل وقيل ان أنواع البيع ترتقي الى عشرين نوعا أو أكثر والكل مذكور في النهاية وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والسنة قال عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب الوكالة بان هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوما) أقول التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضا (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة ما يتجر به مطلقا عروضا وعقارا الا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر ويجيء في هذا الكتاب بعد ورقتين تعميم السلع للدور والعبيد والثياب

قال (البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هذا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعني الشطرين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ايجاب أي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضيخان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفيد

هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وكذا بعث رسول الله عليه السلام والناس يتبايعون فقررهم على ذلك وانه تقرير أحد وجوه السنة وعليه اجماع الامة والمعقول وهو أن الله تعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد وشرع التجارة طريقا الى الاكتساب اذ كل ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد مباحا في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي واليه أشار بقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض وأما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها وقد عرف في أصول الفقه وأما ركنه فالايجاب والقبول على ما يجيء وأما شرطه فانواع منها في العاقد وهو أن يكون عاقلا مميزا ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو أن يكون مالا متقوما وأن يكون مقدور التسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهو الملك أو الولاية وأما حكمه وضعا وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا الا لمانع وقولنا الا لمانع احترازعن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع وذلك ممتنع مع كونه مالكا له لنهي النبي عليه السلام عن بيع ما لم يقبض وأما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات الثابتة في البيع فاحكام البيع لكن بطريق الضمن (قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول) الانعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد العاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف واليه أشار بقوله البيع ينعقد حيث لم يقل البيع هذان اللفظان والايجاب

قال رحمه الله (البيع ينعقد بالايجاب والقبول) الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لاخفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه أن يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينعقد بالايجاب والقبول الخ) أقول يجيء من المصنف في آخر باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ان حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي

وكل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات مالم يكن وهو صادق على البيع لامحالة وأما كونه شرعيا فلان الكلام فى البيع شرعا وأما ان كل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقى الامور الشرعية لايكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة فى الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شئ الى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضى والا لا يتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضى والآخر بلفظ المستقبل) وانما لا ينعقد بذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضى الذى يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشترى كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب فى الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوى ثم قيل فى تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفى وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين أو سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء فى عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان أراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل فى المحتملات لا فى الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة فى الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة فى الحال لكن النية انما هى لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ماينفى ارادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج الى ماينفى ارادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ماذكر فى شرح الطحاوى فالجواب أن يقال المضارع حقيقة فى الحال فى غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضى

حكما يثبت جبرا (والانشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) الا (بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمنى والترجى والقسم والاستفهام اصطلاح فى تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه أو لا يطابقه انشاء وهو يعم ماذكر وغيره مما يباينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتى وليت لى مالا ليس علة الترجى ذلك أو تمنيه بل دال على الترجى والتمنى القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا من له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمى غيره انشاء اصطلاحا أو لا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له فى اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل فى اثباته من اللغة لفظ الخبر أى وضعه علة لا ثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد أى يثبت به وأما تعليله بان لفظ الماضى أدل على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختيرله فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضى بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل

عبارة عما يتقدم من أحد العاقدين من قولهما بعت واشتريت والدليل عليه ماذكره مطلقا بعد هذا بقوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع والمراد من الايجاب ههنا هو الاثبات لا أن يكون المراد منه الزام حكم على وجه يأثم صاحبه عند تركه لانه لا ولاية لاحدهما على الآخر فبقوله بعت يثبت كلام نفسه أو يثبت الجواب على الآخر اما بالرد أو بالقبول وذلك لان الايجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب أى التحقق والثبوت فان قوله بعت قبل أن يتكلم به البائع كان فى حيز الجواز فلما قال بعت فقد صرف ذلك الجواز الى الثبوت فكان هو مثبتا لكلامه أو مثبتا للجواب على الآخر فعلى الوجه الاول كان ينبغى أن يسمى القبول ايجابا أيضا الا أن المشترى لما قبل ما أوجبه البائع يسمى قبولا للتمييز بين السابق واللاحق (قوله والانشاء يعرف بالشرع) وهو اثبات مالم يكن ثابتا لان الواضع لم يضع للانشاء لفظا خاصا فاستعمل اللفظ الذى وضع للاخبار عن الماضى للانشاء وانما خص بلفظ الماضى لانه يستدعى سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا له بمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذى لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضى (قوله ولا ينعقد بلفظين) أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال زوجنى

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضى والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول فى جميع العقود أو فى غير البيوع والأول يخالف لما نذكره فى توجيه كلام شرح الطحاوى والثانى لا يتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضى) أقول أى فى البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز) أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيهما من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا (قوله لان المعنى هو المعتبر الخ) أقول فيه أن الاعتبار فى المعاوضة أيضا المعنى كما صرح به المصنف هنالك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

بخلاف النكاح وقدم الفرق هنالك وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقدم الفرق هنالك) يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا أمر الموكل من رجاله ووليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتامل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طالبه أعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبنى على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار يلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عمالك علي من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال أكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله بعني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والا فالمختار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بها ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصي عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويستي بما اذا لم يكن نصبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعتكه وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعتكه بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانها تؤدى معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع

فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهما يدلان على أن

الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله (بخلاف النكاح) يعني انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقدم الفرق هنالك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه ولهذا

ولهذا

ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

بالاجماع قلوا انما قال فى هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر فى ثبوت حكمه بلانية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراد به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينو به فانه ينعقد به فى الماضى وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضى وغيره بلانية ومن الصور لفظة نعم تقع ايجابا فى قول المستفهم اتبيعنى عبدك بالف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشتريته منك بالف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال فعلت ولو قال هو لك بالف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقنى أو أعجبنى أو أردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى فى المجلس جاز استحسانا *(فروع)* فى اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بألف فقال اشتريته بالفين جاز فان قبل البائع الزيادة تم بألفين والاصح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة فى ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كانه قبل بالفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان فى يد المشترى من أول الامر فذهب به والبائع يحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوى يلزم بآخرهم كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا فى الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعنى يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها فى المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثانى وقيل يلزمه الثمنان والاول فى الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة فى المجلس لزم المشترى (قوله ولهذا ينعقد) أى ولان المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطى فى النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخى انه انما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثورى جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفى الايضاح هو خلاف ماذكره محمد فى الاصل فى مواضع اه وفى شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام فى رجل قال لرجل بعنى هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يأخذه فلان فان قال لم آمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشترى له فان سلمه وأخذه الذى اشتراه له كان بيعا الذى أخذه من المشترى وكأن العهدة عليه أى للآخذ على المشترى فدل على صحة التعاطى فى النفيس وفى المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذى عليه المال للذى له المال أعطيك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها اليه يريد الذى كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشئ وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فاعطاه الثمن

المراد الحال أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله أبيعك عدة ويعنى استياما وطلبا وذا لا يدل على الوجود لا محالة ولان قوله زوجنى نفسك تفويض العقد اليها فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان مامورا به وذا لا يتأتى فى البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذا لم يكن أحدهما موليا عليه من الآخر ولا يلزم عليه أنه لو قال خذه بالف فان البيع ينعقد به لانه أمره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعتك بكذا فخذه (قوله فى النفيس والخسيس وهو الصحيح) المراد من النفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس ما يقل ثمنه كالبقل

(ولهذا) أى ولكون المعنى هو المعتبر فى هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطى فى النفيس والخسيس لتحقق) المقصود وهو التراضى وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى البيع ينعقد بالتعاطى فى الخسيس كالبقل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار فى الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفى فى تحققه

قال المصنف (لتحقق المراضاة) أقول سيصرح فى باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وفى النهاية فى فصل ما يتحمله الشاهد التعاطى بيع حكمى وليس ببيع حقيقى

قال رحمه الله تعالى (واذا أوجب) اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال فى المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا فى الرد والقبول لكان مجبورا على أحدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمناه أن ايجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر فى ذلك فان حق التملك ثبت للمشترى بايجاب البائع وهو حق للمشترى فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب أن الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشترى ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لامحالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة الى الساعى قبل الحول فان المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل الحق عمله لانتفاء ماهو أقوى منه (قوله وانما يمتد الى آخر المجلس) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم لا يتوقف على ماوراء المجلس وتقرير الجواب أن فى ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشترى وفى ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفى التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم فى أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لا يكون الخلع والعتق على مال كذلك والكتاب

قال (واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

وكاله جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فاخذها حل الوطء للمودع والامة وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى فحلف الخياط انها هى وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفى أجناس الناطفى لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضى وكذا اذا قال زن لى ماعندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف مالو قال زن لى ثلاثة أرطال فوزنها له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف مالو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله ان جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشترى تم البيع واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثانى ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر ومنها لو رد بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فاخذها ورضى فهو بيع بالتعاطى (قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده) وللموجب أيهما كان بائعا ومشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر

والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخى فانه قال انما ينعقد البيع بالتعاطى فى الاشياء الخسيسة نحو البقل وعامتهم على أنه ينعقد فى جميع الاشياء الخسيسة والنفيسة فى ذلك سواء لانه وجد التراضى وهو المعتبر فى الباب الا أنه لما كان باطنا أقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التراضى والتعاطى أدل على الرضا منهما والشرط فى بيع التعاطى الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة الحلوانى رحمه الله وقيل الاعطاء من أحد الجانبين يكفى (قوله ان شاء قبل فى المجلس) خيار القبول يمتد الى آخر المجلس وعند الشافعى رحمه الله على الفور ولنا أن المشترى يحتاج الى التامل والتروى أنه هل يوافقه أم لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (قوله لخلوه عن ابطال حق الغير) فان قيل تعلق به حق المشترى فوجب أن لا يتمكن من ابطاله كمن عجل الزكاة الى الساعى قبل تمام الحول فانه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق حق الفقير به وكذا لو قضى المكفول عنه المال الى الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الى صاحب المال شيأ ليس للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله قلنا أما الزكاة فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمعجل نظرا الى وجود أصل العلة وأما الكفالة فلان الكفيل وجب له

(قوله وهذا لانه لو لم يكن مختارا فى الرد والقبول) أقول أنت خبير بانا لم نفرض فى صورة الرد بيعا حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالاولى فى التعليل طى ذكره من البين أو يقال فى التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلا فليتأمل (قوله فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف) أقول انما يلزم ذلك اذا كان انتفاء التراضى مستلزما لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا يرى ان البيع المكره منعقد (قوله فالجواب أن الايجاب الخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة

عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذى اثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه ألا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشترى بطل وأورد فى الكافى الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الفائت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه تم الامر وفيما نحن فيه لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض مايدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيخان حيث قال فان قام أحدهما بطل يعنى الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى أن لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان أقوى ويعمل اذا بقى الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا أن للمجلس أثرا فى جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام فى شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح واليه أشير فى جمع التفاريق وهذا شرح لقوله فيما يأتى وأيهما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس فى ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوى وغيره انه ان أجاب على فور كلامه متصلا جاز وفى الخلاصة عن النوازل اذا أجاب بعد مامشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما اذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا فى مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب فى صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان فى نافلة فضم الى ركعة الايجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف مالو أكملها أربعا ولو كان فى يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما فهى فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهى تجرى فاجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها وقيل يجوز فى الماشيين أيضا مالم يتفرقا بذاتيهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا فى خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال لآخر بعتك بالف فقبلا فهى للثانى لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع فى حاجة بطل (قوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت

على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ولهذا صح ابراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والابراء عن الدين قبل الدين لا يصح الا أن المطالبة تتأخر الى وقت الاداء فتكون بمنزلة الدين المؤجل فملكه بقبضه وأما ههنا فبمجرد ايجاب البيع لم يثبت للمشترى فى المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الامر أنه يثبت للمشترى حق التملك ولكن هذا لا يعارض حقيقة الملك فلو لم يكن للموجب الرجوع يلزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز ألا ترى أن للاب حق التملك فى مال الابن ثم قبل تملكه يجوز له التصرف كيفما شاء وأراد (قوله والكتاب كالخطاب) وهو أن يكتب فيقول أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت تم البيع بينهما وكذا الارسال وهو أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما قال فقال المشترى فى مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد وكذا الجواب فى الاجارة والهبة والكتابة فاما فى الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر

فالجواب أنهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع فى المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ماوراء المجلس قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب أما بعد فقد بعتك عبدى فلانا بالف درهم أو قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب فاخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال فى مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء فى كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه

قال رحمه الله (وليس له أن يقبل في بعض المبيع) يعني اذا أوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا وأراد المشترى قبول العقد في أحدهما الاغير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردىء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردىء به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لقبل المشترى العقد في الجيد وترك الردىء فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لامحالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشترى في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولا أجيب بان القدورى قال انه يصح ويكون ذلك من المشترى في الحقيقة استئناف ايجاب لاقبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان البعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفى القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لايجوز كما سيأتى وان كانت الصفقة متفرقة كان له الا

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة

عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه فقال قبلت في المجلس انعقد والرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما ولو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعنيه بكذا فكتب بعتكه لا يتم مالم يقل الاول قبلت وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذى ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبعنى من الحاضر يكون استياما عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه مالم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجى وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدى الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبى يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الا أن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيه تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميرله في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشترى فمعناه في البائع انه اذا أوجب المشترى البيع بأن قال اشتريت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقى الاثواب لعزتها أو بعضها لا يقوم بحاجته فلو ألزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشترى فمعناه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشترى أن يقبل في بعضه اذ قد يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة أن يضم

العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس بالاجماع حتى ان من قال خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم فبلغها الخبر فاجازت أو قبلت صح وكذا الاعتاق على مال يتوقف على اجازة العبد وان كان غائبا بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف فاما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى قول أبى يوسف رحمه الله يتوقف (قوله وليس له أن يقبل في بعض المبيع) واذا أوجب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة وأراد المشترى أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين ان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفقة اذا كانت واحدة فالمشترى بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الردىء الى الجيد في البياعات وينقصون شيأ عن ثمن الجيد لترويج الردىء بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما فالمشترى يقبل العقد في الجيد ويترك الردىء على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقال القدورى رحمه الله الا أن يرضى البائع في المجلس نحو أن يقول بعتك هذا العبد بخمسين فيقول المشترى قبلت في نصفه فيرضى به البائع أو يقول بعتك هذين القفيزين بعشرة فيقول

(قوله لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لايجوز) أقول ويجوز بقاء ويجىء

ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه أشار بقوله (الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن و بائع ومشتر و بيع وشراء و باتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر فى الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعناهذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشترى كأن قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ المبيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشترى مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبى حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال (وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب) هذا متصل بقوله ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رده وهو اشارة الى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا وأخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة أجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها

الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب)

البائعون الجيد الى الردىء ابر وجونه فلو ألزمناه البيع بقى الردىء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول فى بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا الاحاجة لقوله ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشترى بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه أى وليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع الذى أوجب فيه المشترى البيع ولا أن يقبل المشترى فى بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول فى البعض لازوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بما اذا يثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فاما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثاله أن يقول البائع للمشتريين بعتكما هذا بالف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم فى النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكى عين اشتريت منكما هذه بالف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم

المشترى قبلت فى أحدهما فيرضى به البائع و يكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا فاذا رضى به البائع فى المجلس يصح قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال فى العبد الواحد وفى القفيزين لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل قفيز معلومة فاما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو ان أضاف العقد الى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشترى فى أحدهما وان رضى به البائع لان القبول من المشترى لما جعل بمنزلة ابتداء ايجاب فاذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لو جاز البيع فى الذى قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز ولو قال بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشترى البيع فى أحدهما ذكر فى بعض المواضع أنه يجوز وذكر فى الجامع أنه لا يجوز الا أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بمائة و بعتك هذا بمائة فقبل المشترى أحدهما جاز أما اذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا فعلى هذا قوله فى المتن الا أن يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى أى الا أن يدرج تكرار لفظ العقد لان به تتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثمن بان ذكر الثمن جملة والبائع واحد والمشترى واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمى لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة واتحد الباقى بان قال البائع بعتك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة أيضا وكذلك اذا كان البائع واحدا والمشترى اثنين والثمن ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعت هذا منكما بكذا او قال المشتريان اشترينا هذا منك بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام فى الاتحاد وأما الكلام فى جانب التفرق فنقول ان تفرقت التسمية بان سمى لكل بعض ثمنا على حدة و يكرر البيع أو الشراء والبائع واحد والمشترى واحد بان قال

قال المصنف (الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) أقول سيجىء فى آخر باب البيع الفاسد انه لا تتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد هنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تامل فى هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول و يعلم من هذا حال تعدد الثمن والمبيع بدون تفرق البائع والمشترى بالطريق الاولى وفيه شىء يمكن دفعه ولعل الاولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشترى

لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ماذكرناه واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا

فى نصيبه فتتعدد فلو تم تضرر المشترى الموجب بالشركة أيضا وأما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك أو اشتريناه منك هذا بكذا فاجاب هو فى بعضه لا يلزم لكن لا لتعددها بتعدد العاقد بل لاجابته فى البعض ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحدا والباقى بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد وأما من غيره فبصورتين احداهما أن يوجب البائع فى مثليين أو واحد قيمى أو مثلى فقبل فى البعض أو يوجب المشترى فيما ذكرناه بان يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع فى البعض فان فى كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل فى بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ففيما اذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان فاذا قبل فى أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بالف واشتريت هذا بالف كذا فى موضع وفى موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فأما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل فى أحدهما وقيل الاول استحسان وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه والثانى قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه أيهما شاء والا فلو كان غرضه أن لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما (قوله واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب أو عدم رؤية) وهو قول مالك رحمه الله (وقال الشافعى) وأحمد رحمهما الله (لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا) أو يكون البيع خيارا رواه البخارى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وروى البخارى أيضا أن ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر وروى البخارى أيضا من حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام البيعان بالخيار مالم يتفرقا ولنا السمع والقياس أما السمع فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد أباح تعالى أكل المشترى قبل التخيير وقوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت

البائع لرجل بعت منك هذه الاثواب بعتك هذا بعشرة وبعتك هذا بخمسة أو قال المشترى اشتريت منك هذه الاثواب اشتريت هذا بعشرة واشتريت هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق وأما اذا تفرق الثمن الا أنه لم يكرر لفظ البيع والشراء واختلف العاقدان كان من أحد الجانبين اثنين أو كان من كل جانب اثنين ذكر فى بعض المواضع أنها صفقة واحدة وذكر فى بعض المواضع أنها صفقتان قيل الاول استحسان والثانى قياس وقيل الاول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قول صاحبيه رحمهما الله ذكر فى المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه (قوله لان القيام دليل الاعراض) فان قيل اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغى أن ينعقد لان الصريح أقوى من الدلالة قلنا ان رجحان الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذى هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان هو قويا فى نفسه لانه انفسخ

(واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من المتعاقدين الخيار الا من عيب أو عدم رؤية) خلافا للشافعى رحمه الله فانه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من المتعاقدين بعد تمام العقدان يرد العقد بدون رضا صاحبه مالم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا) فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان

ولناان في الفسخ ابطال حق الآخر ولايجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد الملزم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الابه شرعا وانما أباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له اذا ابتعت فقل لاخلابة ولي الخيار فقد أثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فانما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت الا بالاشتراط في صلب العقد لا أصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازه والمتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا حمل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبايعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في أجزائه فبالضرورة يصدق مخبر احال النطق ببعض حروف الخبر والالا يتحقق له حقيقة ولا نفهم من قول القائل زيد وعمرو وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهما متشاغلان بامر البيع متراوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم أنهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي

بمجرد القيام ما كان متوقفا والمفسوخ لا تلحقه الاجازة (قوله ولنا أن في الفسخ ابطال حق الآخر) لان العقد لما تم بالايجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من أيهما كان ابطال حق الآخر بلا رضاه فلا يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس (قوله والحديث محمول على خيار القبول) والتفرق تفرق الاقوال أي اذا أوجب أحدهما البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل وللموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت مالم يتفرقا قولا فان تفرقا قولا بان قال أحدهما بعت والآخر اشتريت لم يبق الخيار بعده (قوله وفيه اشارة اليه) أي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ولا قبلها كالمقاتلين والمناظرين وتحقيقه أن الاحوال ثلاث حالة لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحالة وجد فيها أحدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الاولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤل اليه أو باعتبار ما كان فبقيت الحالة الثالثة اذ هي جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارع أبقى الايجاب ما دام في المجلس ليرتبط بالقبول فان قيل بعد وجود كلامهما أبقاهما الشارع متبايعين لما أن الشارع أعطى للعقود الشرعية حكم الجواهر لما عرف قلنا الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة كلامهما فان الكلام كما وجد يضمحل ويتلاشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن التفرق تفرق الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون رد الاحتمال آخر كيف وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رواية المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن بيعهما فان قيل ففي كل واحد من المحملين أعني ما حمله الشافعي رحمه الله وما حملناه نوع مجاز أما فيما حمله الشافعي فما ذكر وأما فيما قلنا فهو أن التفرق من الاوصاف فقيامها لا يكون الا بالاعيان فلو أسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا أن يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك أن يسند التفرق الى البدن ليكون قولا بحقيقة التفرق قلنا نعم كذلك الا أن اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع وفاش في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال الله تعالى لا نفرق

(ولناان في الفسخ ابطال حق الآخر) وهو لا يجوز والجواب عن الحديث أنه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلاث قبل قبولهما وبعد قبولهما وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه أو ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا أو يحتمل أن يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما أن أحدهما مراد والآخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي

(قوله وقد تقدم تفسيره الخ) أقول الذي تقدم تفسيره كان مختصا بجانب المجيب والمذكور في الحديث يعمه وجانب الموجب فالحق أن يفسر خيار القبول هنا بأعم مما ذكر أو من خيار الرجوع كما لا يخفى (قوله والثالث حقيقة) أقول فيه بحث (قوله وهذا التأويل منقول الخ) أقول أي تاويل الخيار المذكور في الحديث بما ذكر

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل أن يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فاوجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الآية وقال لا نفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى أن يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بفساده عادة وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وتترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمنا كانت أو مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين (والاثمان

أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة

السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيحمل عليه) جمعا بين ماذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال ان ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لاختيارهما لانه ممنوع بل الموجب أيضا له خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فيراد باحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر أتقبل أولا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ماذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغايته في لضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثمانا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فاذا قال بعتك هذه الصبرة من

بين أحد من رسله هذا في الاعتقاد قال وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال عليه السلام تتفرق أمتي بعدي على ثلاثة وسبعين هذا أيضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول حملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث أنه يتسارع اليه الاوهام وصيانة لاسم المتبايعين عن الحمل على ما ذكرنا وذكر في الاسرار أن المراد من الخيار المذكور خيار الاقالة بدليل أنه أضاف اليهما وانما الاقالة المبرأة تتعلق باختيارهما جميعا لا الرد بخيار المجلس وذكر في الايضاح ولا كلام للشافعي رحمه الله من حيث الفقه فان قضية العقد اللزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما فثبوت الخيار يستدعي سببا لا محالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رحمه الله (قوله أو يحتمله) أي يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ماذكرناه (قوله والاعواض المشار اليها) هذا يتناول الجزين وغيرهما ثمنا كان أو مثمنا لان الاشارة كافية في الكل اذ هي أبلغ أسباب التعريف الا في الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان أشير اليها (قوله في جواز البيع) احتراز عن السلم لان معرفة مقدار رأس

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بان اسناد التفريق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بلدك حق لي على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمنا كانت أو مثمنا) أقول تقرير صدر الشريعة صريح في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح

(والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد

الحنطة أو هذه الكورجة من الارز والشاشات وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التى فى يدك وهى مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقى جهالة الوصف يعنى القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال فى الفتاوى قال لغيره لك فى يدى أرض خربة لا تساوى شيأ فبعهامنى بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح فى المسلم فيه اتفاقا ولا فى رأس مال السلم اذا كان مكيلا أو موزونا عند أبى حنيفة رضى الله عنه لما يجىء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها فى قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو أراه دراهم وقال اشتريت بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع مافيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم فى البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف مالو قال اشتريت بما فى هذه الخابية ثم رأى الدراهم التى كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار مافيها من خارجها وفى الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت فى النقود (قوله والاثمان المطلقة) أى عن قيد الاشارة (لا تصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أو اكرار حنطة بخلاف مالو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر حجم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار وكما لا يجوز البيع به لا يجوز البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز فان علم المشترى بالقدر فى المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بألف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا أن يكون شيأ لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية وهذا لانه اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة فى وصفها فالمشترى يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض فى البيع اما دراهم أو دنانير فهى ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفا واما أعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهى مبيعة أبدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا فى الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا فى الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم فى كونها دينا فى الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة الى أجل جاز ويكون بيعا فى حق العبد حتى لا يشترط قبضه فى المجلس بخلاف مالو أسلم الدراهم فى الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه فى الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه أو مكيل أو موزون أو عددى متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهى مبيعات أو بامثالها من المثليات فما كان موصوفا فى

المال شرط فيه عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان مما يتعلق العقد على مقداره (قوله والاثمان المطلقة) أى الكاملة فى الثمنية وهى الحجران لانهما خلقا للثمنية وأراد به غير المشار اليها لوجهين أحدهما أنه ذكر فى مقابلة المشار اليه والثانى أن ذكر القدر والصفة شرط فى الثمن اذا لم يكن مشارا اليه وان لم يكن هو مخلوقا للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة والاموال ثلاثة ثمن محض وهو ما يكون مقوما لنفسه ولغيره وسلعة محضة وهو مالا يكون مقوما لنفسه ولغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمنا اذا كان مؤجلا كالمكيل والموزون وصورة الاثمان المطلقة بلا بيان القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشىء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه وكذا لو

أو جهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تفضى الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه فى التعريف وكون التقابض ناجزا فى البيع بخلاف السلم على ما سيأتى وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية أما اذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيد فى الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه قال (والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة) الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا أن تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاريا أو سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها

(قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستانف أتى به بيانا لحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا فى البيع) أقول أى حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها (قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أى بجهالة ذلك الواجب

(وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (و يجوز البيع بثمن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احترازعن المستأجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله و ينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها أثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي معينة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بدله منهما وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز) لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روي (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل و رهنه درعه) لكن لا بد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها قال

وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (و يجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما) لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم و رهنه درعه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها

الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة أفلس وان كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنانير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع و وقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله و يجوز البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل و رهنه درعا له) من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسلم والتسليم فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث

قال بالدراهم و بيان القدر أن يقول عشرة أو خمسة وبيان الصفة أن يقول بخاري أو سمرقندي (قوله وكل جهالة هذه صفتها) وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان

(قوله الى النزاع) أقول في ذلك لواجب (قوله والثمن ما لم يتعين) أقول هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه و رأس مال السلم اذا كان عينا (قوله وهو منقوص بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعرف هو المبيع المطلق والثمن المطلق وهو ما يكون ثمنا بكل حال فمعنى التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقرينة الاطلاق الذي ينصرف على الكمال (قوله وقوله ابتداء احترازعن المستأجر الخ) أقول و يجوز أن يكون احترازا عن الثمن (قوله والثمن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحله العقد بان يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكروه استلزامه فقدان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المقايضة بخلاف ما اختاره

قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخارية أو سمرقندية وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان فى البلد الذى وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا أن يبين أحدها واعلم انى أذكر لك فى هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة فى هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلاله فانى ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغى فأقول اذا كان فى البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف فى المالية والرواج أو فى المالية دون الرواج أو فى الرواج دون المالية أو لا يكون فى شئ منهما بل فى مجرد الاسم كالمصرى والدمشقى مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثانى لا يجوز لان الجهالة فى المنازعة توقعهما فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله (فان كانت النقود مختلفة) يعنى فى المالية كالذهب المصرى والمغربى فان المصرى أفضل فى المالية من المغربى اذا فرض استواؤهما فى الرواج (فالبيع فاسد) لان الجهالة تفضى الى المنازعة اشارة الى القسم الثانى الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز وقوله (أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريا للجواز) اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدها أروج أعم من ان يكون مع اختلاف فى المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله (وهذا) أى فساد البيع (اذا كانت مختلفة فى المالية) يعنى مع الاستواء فى الرواج اشارة الى القسم الثانى أعاده للتمثيل بقوله كالثنائى وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثى وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصرتى اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصرى ببخارى والاختلاف بين العدالى بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا يختلف فى المالية مع التساوى فى الرواج

قال (ومن أطلق الثمن فى البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحرى للجواز فيصرف اليه (فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا أن يبين أحدهما) وهذا اذا كان الكل فى الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة فى المالية فان كانت سواء فيها كالثنائى والثلاثى

قال من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعتكه بالف حالا أو بألفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدى اليه الثمن فى بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدى الثمن فى بلد آخر جاز بالف الى شهر ويبطل شرط الايفاء فى بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله علله بتضمنه أجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذى يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما علله بالشرط الذى لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن فى البيع) أى أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم فى العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولى وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بها فى الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الاشرفى والناصرى بمصر لكنها فى الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوى فى الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشترى يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الاعلى فيفسد البيع الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعنى هذا الثوب ببعض العشرة التى لى عليك وبعنى هذا الآخر بباقى العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثانى اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذى تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية

مجهول القدر مشارا اليه وكما لو باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار وكما لو باع قفيزا من صبرة طعام مشار اليها (قوله ومن أطلق الثمن فى البيع) أى ذكر القدر دون الصفة بان قال اشتريته بعشرة دراهم ولم يقل انها بخارية أو سمرقندية فانه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو ذكرهما كان عين تلك المسئلة بعد الاستثناء وهى قوله والاثمان المطلقة لا تصح الا أن تكون معروفة القدر والصفة (قوله كالثنائى والثلاثى) بان يكون النقد الواحد أحاديا وهو أن يكون الواحد منه درهما والآخر ثنائيا وهو أن يكون الاثنان منه درهما والآخر ثلاثيا وهو أن يكون الثلاث منه درهما فمالية الاثنين أو الثلاث كمالية الواحد من الاحادى ولا يسمى الواحد من الثنائى والثلاثى درهما فى ذلك العرف بل

وقوله (فان كانت سواء فيها) أى فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله (جاز البيع اذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أى المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (الى ماقدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أى نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لانه لامنازعة لاستوائها فى الرواج (ولا اختلاف فى المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة فى المالية ومثاله وهو قوله كالثنائى بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا و بين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائى الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائى الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ماكان اثنان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لا يكونان فى الماليه سواء لكن يمكن أن يكونا فى الرواج سواء هذا ماسنح لى فى حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة) المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتى فى الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (مجازفة) فان كان شيأ لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) لا يقال لادلالة فى الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيأ لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع قال

والنصرتى اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ماقدر به من أى نوع كان لانه لامنازعة ولا اختلاف فى المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة

المالية والرواج يصح البيع و يؤدى من أيها شاء لانه لافضل لاحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشترى أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشترى مع انه لافضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت و بهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو أراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز يعنى اذا كانا متحدى المالية والثنائى والثلاثى اسما دراهم كانت ببلادهم مختلفتا المالية وكذا الركنى والخليفتى فى الذهب كان الخليفتى أفضل مالية عندهم والعدالى اسم لدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهى الحنطة ودقيقها خاصة فى العرف الماضى كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فقوله (الحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقى أى و باقى الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أى بشرط عدد من الكيل والافى اللغة المكايلة أن تكيل له و يكيل لك (ومجازفة) أى بلا كيل ولا وزن بل باراءة الصبرة والجزف فى الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له فى الكيل اذا أكثر ومرجعه الى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعنى البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما مالا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفى الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال ماحرم فى الكثير حرم فى القليل والقيد مقيد أيضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة فى كفة ميزان و وضع مقابلتها فضة حتى وزنها فيجوز والحديث الذى ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة الا البخارى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدا بيد (ولان) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتجل التسليم على ماتقدم فلا يمنع (فشابه جهالة القيمة) للمبيع

ينصرف الدرهم فى عرفهم الى أحد الاشياء وهو الواحد من الاحادى والاثنان من الثنائى والثلاث من الثلاثى فحينئذ يصح العقد على الدرهم المطلق (قوله ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يفيد فيما اذا كان شيأ يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان فى جنس واحد حتى لو باع نصفا من من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز

قال المصنف (والاختلاف بين العدالى الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود فى المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ الى قوله هذا ماسنح لى فى حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فان اسم الدراهم انما يطلق على اثنين من الثنائى وثلاثة من الثلاثى كما صرحوا فحينئذ يظهر استواؤهما فى المالية وانه ليس فى كلام الشيخ تعقيد فليتامل (قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لادلالة للحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بان ايراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا

بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) باناء بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (باناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره مما جاز) لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقيل يشكل على هذا ما اذا باع أحد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء (٤٧١) ويرد الباقين أو اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروي عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها أما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة أو بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شئ منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شئ من القدر (والاول أصح) يعني من حيث الدليل فان العيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة (وأظهر) يعني من حيث

قال (ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا والاول أصح وأظهر

بعدم رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازه ولابد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو ملأه باصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه يوفيه في منزله وعن أبي يوسف اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بمقدار حجمه وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضي أن يثبت الخيار اذا كال به أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص في جمع النوازل على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أي لا يلزم قال المصنف (والاول أصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه وهي ما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه اذا كال في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنتقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والغرض ان أقل

كذا في الذخيرة (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في البيع أيضا) لان البيع في المكيلات والموزونات اما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شئ منهما فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيها الكيل اذا لم يكن المكيال معلوما وعن أبي يوسف رحمه الله في بيع المعين ان عين مكيالا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيأ لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز

بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام مخالفا لما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير عين يكون مجهولا وسيجيء ان الفساد فيه للجهالة

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة الا أن يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم

. مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضى الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فالاختلاف فى أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل كما فى عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا باس به ثم ان فى المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ماذكر وتقدم النظر فى الاولوية هذا وأورد على التعليل بان الجهالة لا تفضى الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشترى أيهم شاء أو باع باى ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضى الى المنازعة أجيب بان المبطل فى المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز فى عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتى ولا شك أن القياس ما عن أبى حنيفة فى القربة من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل أن يصطاده كما لو باعه كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة صرحوا بانه لا يجوز الا أن يكون سلما وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القربة فى ديارنا بمصر اذا لم تكن معينة مثل قوبة كافية أوسقاوية أو راوية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر فى الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة فى بيت أو مطمورة فى الارض والمشترى لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحذيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحتها دكان أى صفة ونحوها كذا فى فتاوى القاضى وعن أبى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفى الفتاوى بعت منك مالى فى هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشترى لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما فى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز فى البيت جاز فى الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشترى بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزونا باناء على أن يفرغه ويزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد الكائن فى المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم أولا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبى جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانه اتذوب فى كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلذا أهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر الى ما يعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتى من هذا الباب شئ فى خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع فى واحد عنده ويتوقف فى الباقى الى تسمية الكل أى فى المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشترى فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشترى باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع فى الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز فى قفيز واحد فللمشترى فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزان (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة فى القفيز فلزم فيه واذا زالت

(قوله وقالا يجوز فى الوجهين) أى سمى جملة القفزان أو لم يسم (قوله لجهالة المبيع والثمن) فان قيل

الرواية قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما أن يعلم مقدارها فى المجلس بتسمية جملة القفزان أو بالكيل فى المجلس أولا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثانى فالمبيع قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله وجملة القفزان كالاول عندهما لابى حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضى الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا أن تزول الجهالة فى المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أجيب بان الفساد فى صلب العقد قوى يمنع من الانقلاب

(قوله لابى حنيفة الى قوله جهالة تفضى الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تفضى الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا أن تزول الجهالة الخ) أقول تامل فى هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول بلا تقييد فى المجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول الا كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم أسقط الاجل قبل حلوله وسيجئ تفصيله فى أواخر البيع الفاسد (قوله أجيب بان الفساد فى صلب العقد قوى الخ) أقول يرد أن يقال اذا كان الفساد فى صلب العقد ينبغى أن لا يرتفع أصلا كما فى بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بان الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة

و يقيده بالمجلس وماذكرتم فالفساد فيه ليس فى صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره فى اليوم الرابع و بامتداد الاجل (ولهما أن هــذه جهالة ازالتها فى أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتها بأيديهما فلانها ترتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لايجوز لان ازالتها ليست بيد البائع ان كان هو الرقم أو بيدا غيران كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشترى لا يقدر على ازالتها وأما ان كل ماهو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشترى بالخيار وأجيب لابى حنيفة ان القياس فيه الفساد أيضا الا أنا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه أنه فى معنى ماورد به النص على ماسيأتى فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه أبوحنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز فى قفيز واحد عند أبى حنيفة كان للمشترى الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان فى حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم وأما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتى فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز فى نصيب الشريك ولا يجوز فى نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلان قياس قول أبى حنيفة أن لا يخير المشترى للزوم انصراف البيع الى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له فى القن لعلمه أن البيع ينصرف اليه والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشترى يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبى حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لاغير لان فى وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له فى القن وعن الثانى بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل

الا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل فى المجلس وصار هــذا كما لو أقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما أن الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار ثم اذا جاز فى قفيز واحد عند أبى حنيفة فللمشترى الخيار

بالتسمية أو الكيل فى المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر فى الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما فى المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح فى الكل وان علم بعد المجلس بعد لان ما فى المجلس كالثابت فى صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيهما لم يتمكن فى صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيهما لا يظهر فى الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضى الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه ان المفسد ههنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر العدم الاشارة ولا معرف شرعا له غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشترى بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن يكيله ليعرف القدر الذى يطالب به اذ لا يمكن أن يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشترى فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هــذا التقدير كان مطلا لا المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما ازالتها) بان يكيلا فى المجلس والجهالة التى هى كذلك لا تفضى الى المنازعة كبيع عبد من عبدين

سلمنا أن فيه جهالتهما ولكن الجهالة انما تفسد البيع اذا كانت مفضية الى المنازعة وهذه ليست بمفضية اليها لان كل قفيز مقابل بدرهم وقد تراضيا به فبعد ذلك لا يتفاوت بين أن تكون الصبرة مائة قفيز أو لم تكن قلنا قد تفضى الى المنازعة لان البائع يطالب من المشترى قبض الثمن أولا والثمن غير معلوم وهــذا لا يدفع مالم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك انما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان (قوله ولهما أن الجهالة بيدهما ازالتها) ومثلها غير مانع فان قيل بل مثلها مانع أيضا كما فى البيع بالرقم فانه فاسد وان كانت

(قوله لان التفريق وان كان فى حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم الخ) أقول وعندى أن مجىء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية ليس بصورة عدم علمه بجملتها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع فى البيع فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بموجبه فتامل (قوله فالوجه أنه نزل منزلة من باع مالم يره لما يأتى فلا خيار له) أقول ان أراد أنه لا خيار له مطلقا ولو اذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد أنه ليس له خيار الرؤية فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفرق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتى عن قوله فلا خيار له فليتامل (قوله وعن الثانى بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قيل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجىء فى باب البيع الفاسد فى الفرق

المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما أيضا الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من

لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة على أن المشتري مخير في تعيينه وأن يجوز البيع باي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة الا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابي حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن

ازالة الجهالة بيدهما قلنا انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لانه يحتمل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم أو أكثر أو أقل وعن هذا قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله وان علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على الرضى فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي وأما في مسئلتنا قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة بيدهما فيجوز وأما جواب أبي حنيفة رحمه الله من بيع عبد من عبدين أن القياس فيه الفساد أيضا الا أنا جوزناه استحسانا بالنص والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كل متى أضيفت الى ما لم يعلم منتهاه تتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم وكذلك اذا آجر داره كل شهر يلزمه العقد في شهر واحد وعندهما كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه وأما فيما يعلم جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد منها والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى المنازعة وفي الفوائد الظهيرية فان قيل ما ذكره أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله ينتقض بما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة يتزوجها والى كل عبد يشتريه فينبغي أن لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقا قلنا نحن ندعي ذلك فيما تجري فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع (قوله لتفرق الصفقة عليه) فان قيل ينبغي أن يكون للبائع الخيار أيضا لتفرق الصفقة عليه أيضا قلنا التفرق في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل للكل فكان راضيا به فان قيل ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار على قول أبي حنيفة رحمه الله لان شراء الصبرة يقع على قفيز واحد عنده فكأنه اشترى قفيزا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن المشتري عالما بان العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم كما لو كيل أو سمى جملة قفزانها في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لان الثمن كان

المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمى جميع قفزانها) يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فربما كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أولا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة وأما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا أن التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم

(قوله وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد المجيب انهما قال يقصدان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتتفرق الصفقة عليهما فليتامل (قوله وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضا

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع فى جميعها عند أبى حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد) لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضى الجهالة الى المنازعة فيه وتفضى اليها فى الاول فوضح الفرق

كالبيع بالرقم وباى ثمن شاء أو فى المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت فى محل النزاع اذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفى الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له فى دفع منع الحظر والتمكن فى صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع فى عبد من أربعة والجهالة فى مضبوط لانحصاره فى احتمالات أربعة لا تتعداها فلان تفسد فى صبرة لا تقف الاحتمالات فى خصوص الثمن على كونه أربع امكانات أو عشرة أولى بل و يستدل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع فى أربعة أعبد وحينئذ ترجح قول أبى حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة فى صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة فى الصور المذكورة مع امكان ازالتهما وغايته اذا أزيلت فى المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضى والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر فى الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها بيع فيها البيع فيها الجهالة فى الثمن أو المبيع مع امكان ازالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر فى ترجيحه قولهما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبى حنيفة فتعليله بما ذكر فى المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول أدناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا الاجارة كل شهر بدرهم تلزم فى شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر فى تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة فى المجموع والتيقن فى الواحد فهو نفسه أصل هذا الاصل
(فرع) اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه فى منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشترى ملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان فى المصر وشرط أن يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه فى منزله ففى القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشترى الحطب والشعير على الدابة فى المصر ولا يكترى دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء فى الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة فى المثليات ذكر نظيرها فى القيميات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور فى الحيوانات بأن قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد فى الكل عند أبى حنيفة أما اذا سمى أحدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز فى الكل لما قلنا من أن الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير أن الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة فى تعيين ذلك الواحد فيفسد فى الكل ولهذا لو باع شاة أو عشرا من مائة شاة أو بطيخة أو عشرا من وقر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال العتابى ان ذلك فى ثوب يضره التبعيض أما فى الكرباس فينبغى أن يجوز عنده فى ذراع واحد كما فى الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه

مجهول القدر عنده وانما انكشف الحال فى مقدار الواجب عليه ثمنا فى الحال فيتخير لاجله ويسمى هذا خيار

اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن وأما اذا بينهما أو أحدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فيصح أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاوانى وأما عندهما فهو جائز فى الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز فى الكل لما قلنا) أقول من ان ازالة الجهالة بيديهما

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم) فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثانى خير المشترى بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ماوقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر أى القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشترى وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها أو تركها واذا كان المشترى مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشترى بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف فى الثوب المبيع وكل ماهو وصف فى المبيع لا يقابله شئ من الثمن فالذرع فى الثوب لا يقابله شئ من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن فقد بينه بقوله كأطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شئ فلهذا أى فلكون الذرع وصفا لا يقابله شئ من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعنى المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن ولهذا يأخذ بحصته

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف فى الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض

من هذا الطعام وروى الحسن عن أبى حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا فى الدار وهذا غير لائق بأصله المذكور فى الخلافية وفى الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز فى وقر واحد عند أبى حنيفة كما فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبى حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا فى كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصدر الشهيد والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشترى الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلا أو موزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة فى كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل فى العقد فيكون للبائع ولو كان المشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشترى (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فللمشترى الخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا ان الذرع فى المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا فى هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ

الكشف (قوله والقدر ليس بوصف) اعلم أن المشايخ ذكروا فى الفرق بين الاصل والوصف حدودا قيل ان ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف ومالا يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه أصل وقيل الوصف مالوجوده تاثير فى تقوم غيره ولعدمه تاثير فى نقصان غيره والاصل مالا يكون بهذه المثابة وقيل ان مالا ينتقص الباقى بفواته فهو أصل وما ينتقص الباقى بفواته فهو وصف فعلم بهذا أن القدر فى المكيلات والموزونات أصل والذراع فى المذروعات وصف فاذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقى ويشترى الباقى بالثمن الذى كان بحصته مع القفيز الواحد واليد والعين اذا فاتتا تنتقص قيمة النفس وكذا الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا فات لا يشترى الباقى بالثمن الذى كان يشترى معه فان العباءة اذا كان خمسة عشر ذراعا ويشترى بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشترى الباقى

والوصف

(قوله وان كان الثانى خير المشترى بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغى أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير اذ لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى انه عبارة عن الطول والعرض) أقول الا أن فيما نحن فيه عبارة عن الطول

وقال (الا أنه يتخير) استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذى سماه كان الزائد للمشترى ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شئ من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على انه أعمى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه وقد منع أن يكون الذرع فى المذروعات وصفا والاستدلال بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز أن يقال شئ طويل وعريض يقال شئ قليل أو كثير ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم فى الاصل والوصف واختلفت عباراتهم فى ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير فى تقدم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقى بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثانى والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة أقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذى يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة أقفزة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا انتقص فان الباقى لا يشترى بالثمن الذى كان يشترى مع فان الثوب العتابى اذن مثلا اذا كان خمس عشرة ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد فى قيمة الخمسة وفى قيمة العشرة أيضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشترى بنقصان العيب كمن اشترى عبدا وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور وأجيب بان كلامنا فى الوصف لا فى الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشترى أو لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشترى ثم اطلع على عيب أخذ شبها بالاصل فأخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعنى الثياب أو المذروعات كذا فى النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعنى الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشترى بحصتها من الثمن أو ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب

والوصف لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو اعورت عند المشترى جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن فى صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد فى الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة فى هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع

بعشرة دنانير (قوله والوصف لا يقابله شئ من الثمن) دل عليه أن الجارية اذا اعورت فى يد البائع قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن وكذا المشترى أن يبيعها مرابحة بالثمن الاول من غير بيان فان قيل الاوصاف لو لم يقابلها شئ من الثمن وجب أن لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد حتى أن رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنده ثم اطلع على أنه لم تكن أصابع يده تامة يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف قلنا الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما أما حقيقة فكما اذا باع عبدا فقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع وأما حكما فبأن يكون امتناع الرد لحق الشارع أو لحق البائع أما حق البائع فكما اذا تعيب المبيع عند المشترى وأما حق الشارع فكما اذا زاد المبيع بان كان ثوبا فخاطه ثم وجد به عيبا فالوصف متى صار مقصودا باحد هذين يأخذ قسطا من الثمن كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله كاطراف الحيوان) كما اذا اشترى جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم (قوله ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع كل ذراع بدرهم)

وهـذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شئ من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أى أخـذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع
الثمن لم يكن المشـترى آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الابشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتى للشرط كما عرف فى موضعه
ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا فى المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم فى مقابلة عشرة أذرع
ومقابلة الجملة بالجملة تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بان الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التى هى مبيعة كالقفيز
وو صف من وجه من حيث انه لا يقابله شئ من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء
جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره و بالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شئ من
الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى أن يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان
الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا (٤٧٨) بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشترى الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أما خيار الفسخ فلانه
ان حصل له الزيادة فى الذرع لزمه الزيادة فى الثمن وفى ذلك ضرر فكان فى معنى خيار الرؤية فى دفع الضرر فيتخير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد واردا على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتى وأما الثانى فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة فى العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أقفزة فاذا هى أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا

وهـذا لانه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخـذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسـد عنـد أبى حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة أسـهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا)

للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجرى فى تعيين الثوب الذى يرد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس أصلا من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته و بين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر فى المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيـل لان المثلى لا تنقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين فى القلة لم تنقص قيمة القـفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذى عادته عشرة وهو قدر ما يفصـل قباء أو فرجيـة ـــــان بثمن اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع و بيع بمفرده لم يساو فى الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذى يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا هو جائز) و به قال الشافعى رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز فى قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهـما شائع كأنه باع عشر مائة و بيع الشائع جائز اتفاقا كما فى بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداة قدر معين

فوجدها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف من وجه لما مر وأصل من وجه لانه عين ينتفع به بانفراده فعملنا بالشبهين فى الجانبين فقلنا اذا قابل كل ذراع بدرهم كان

دخلت فى تلك الصفقة والجواب عن الاول أن الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى الى المنازعة لهما
والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثانى بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا
فى الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعنى أن يكون
المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبى حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح فى العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شئ من الثمن لا هـذا القول (قوله فلا يكون علة لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب ينبئ عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمـير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا تاويل ما فى النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر فى مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أثواب (قوله وعن الثانى بان الذراع الخ) أقول و يجوز أن يجيب عن الثانى

(لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم فى كونها عشرا فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم ولابى حنيفة ان الذراع حقيقة فى الآلة التى يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسى يقتضى محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أى العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم أن العشرة من أى جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة بخلاف السهم فانه أمر عقلى لا يقتضى محلا حسيا فيجوز أن يكون فى الشائع فالجهالة لا تفضى الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار فى قدر نصيبه من أى موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع وا بين ما اذ لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار فى الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا

لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبى حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف

والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة فى تعيين مكان العشرة فتفسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم فى نكاح الصابئة مبنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثانى اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن فى ترجيح المبنى فأبو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم أنه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التى يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر والا فلا فائدة فى تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين فى ذلك لجواز أن يزعم به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبى حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لان الجهالة بيدهما ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأى الاول ولما وضع المسئلة فى الجامع فى عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر أن ما قال الخصاف من أن الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفى الجهالة عن البعض الذى بيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لان الجهالة بايديهما ازالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة

أصلا لان مقابلة الثمن من خواص كونه أصلا اذ الثمن لا يقابل الاوصاف فنزل كل ذراع منه منزلة ثوب فان قيل الذراع لو كان أصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة فى العقد كما اذا باع صبرة على أنها عشرة أقفزة فاذا هى أحد عشر لا تدخل الزيادة فى العقد قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل فى العقد يفسد العقد لانه يصير بائعا بعض الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة كذا فى الفوائد الظهيرية وفى شرح الطحاوى وكذلك كل وزنى اذا كان فى تبعيضه مضرة كالدرة وكالاناء من فضة أو صفر أو ما أشبه ذلك اشتراه على أنه كذا فوجده أقل أو أكثر فهو على التفصيل الذى ذكرناه فى الذرعى لان الوزن فيما فى تبعيضه مضرة من جملة الصفة كالذرع فى الذرعى (قوله وهو المعين) أى الذى وقع عليه الذراع معين الا أنه مجهول لان الخشبة تحل مكانا معينا فيكون مجازا عن المعين لا عن الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وانما الجهالة فى أن تلك العشرة فى أى موضع من الدار فى صدرها أو أسفلها أو فى غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة أسهم شائع فى الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضى الى المنازعة فكان صاحب عشرة أسهم شريكا لصاحب تسعين سهما فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه فى أى موضع كان فلا تؤدى الى المنازعة (قوله خلافا لما يقوله الخصاف رحمه الله) ذكر الخصاف فى هذه المسئلة أن فساد المبيع عند أبى حنيفة رحمه الله لجهالة جملة الذرعان فأما اذا عرفت

بانه لما كان فى الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين

ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع) أقول قال الاتقانى كان القياس أن يقول استعيرت لأنه أسند الى ضمير الذراع وهى مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اهـ لكن قال فى القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذكر فيهما جمع أذرع وذرعان بالضم اهـ وذكر باعتبار الخبر

لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة تنظير مالو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة وأما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشترى وهى مجهولة لانه لايدرى انه كان جيدا أو وسطا أورديا وحينئذ لاتدرى قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقى من الثمن فلا شك فى فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع فى فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز فى فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند أبى حنيفة فى فصل النقصان أيضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم فى صفقة فكان قبول البيع فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد فى صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لايجوز البيع عنده فى القن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد فى الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هروبان كل ثوب بعشرة فاذا أحدهما هروى والآخر مروى فالبيع فاسد فى الهروى والمروى جميعا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز فى الهروى ووجه الاستدلال أن الغائب فى الصفة مسئلة الجامع الصغير لا أصل الثوب فاذا بخلاف

ابقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز فى فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز فى الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبى حنيفة لايجوز فى فصل النقصان أيضا وليس بصحيح

منها فعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورته أن يقول بعتك ما فى هذا العدل على انه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) فى صورة الزيادة لما قررناه من قريب فى الفرق بين الثوب والذراع الذى صار أصلا من وجه (والثمن) فى صورة النقصان لان الثمن لاتنقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمى والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمنا) بان قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (فى فصل النقصان بقدره) أى بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز فى الزيادة) لان جهالة المبيع لاترتفع فيه لوقوع المنازعة فى تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر (وقيل عند أبى حنيفة لايجوز) البيع (فى فصل النقصان أيضا) قال فى الذخيرة وأكثر مشايخنا على أن ماذكر فى الكتاب من أن البيع جائز فى الثياب الموجودة قولهما أما على قول أبى حنيفة فالعقد فاسد

مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسئلة على قياس مالو باع كل شاة من القطيع بعشرة ان كان عدد جملة الشاة معلوما يجوز عنده وان لم يكن معلوما لايجوز وذكر أبو زيد الشروطى رحمه الله أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله البيع فاسد وان علم جملة الذرعان وهو جواب الجامع الصغير وهو الصحيح (قوله ابقاء الجهالة) أى الجهالة باقية علم جملة الذرعان أو لم يعلم فالمشترى يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها فتؤدى الى النزاع ومما يوضح الفرق بين السهم والذراع أن ذراعا من مائة ذراع وذراعا من عشرة أذرع سواء وسهم من عشرة أسهم لايوازيه سهم من مائة سهم وذكر فى الجامع الصغير للامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله ولم يذكر ههنا ولا فى البيوع أنه لو اشترى عشرة أذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما فمن أصحابنا من يقول ينبغى أن لايجوز العقد بمنزلة مالو اشترى سهاما منها والاصح أنه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة فانه يمكن أن يذرع جميع الدار حتى اذا كانت مائة ذراع علم أن المبيع عشرها وان كان خمسين ذراعا علم أن المبيع خمسها بخلاف مالو اشترى سهاما منها ولم يقل من كذا كذا سهما لان تلك الجهالة لايمكن دفعها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر أما فى الذراع فازالة الجهالة ممكنة (قوله ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن) أما فى فصل النقصان فلجهالة الثمن لانه يحط ثمن ثوب واحد وثمن ثوب واحد مجهول لانه اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا فالثمن انما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدرى قيمة الغائب بيقين اذ لايدرى أنه كان جيدا أو وسطا أو رديا حتى يطرح عن المشترى قيمته فاذا صارت حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقى مجهولا ضرورة وهذا لانا لو صورنا الغائب جيدا تنقص حصة الباقى ولو صورناه رديا تزيد حصة الباقى فوضح أن ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع وأما فى فصل الزيادة فلجهالة المبيع لان المبيع عشرة من أحد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من أحد عشر فاسد للجهالة المفضية الى المنازعة وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا يدرى أى ثوب يرد على البائع الجيد أم الردى فالبائع يطالبه بالجيد والمشترى يرد الردى وجهالة المبيع توجب فساد البيع (قوله ولو بين لكل ثوب ثمنا)

بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول فى المروى شرطا لجواز العقد فى الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط فى

فى الكل لانه فسد فى البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند أبى حنيفة أن العقد متى فسد فى البعض بفساد مقارن يفسد فى الباقى وقد ذكر محمد مسئلة فى الجامع تدل على هذا وهى رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما مروى) بسكون الراء نسبة لى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروزى وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع فى الثوبين جميعا عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى الهروى والفائت فى مسئلة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد فى الكل بفواته ففساده فى الكل والفائت أحدهما أولى واليه مال الحلوانى وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسى الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندى أن هذا قولهم جميعا يعنى عدم الفساد فى الباقى لان أبا حنيفة فى نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد فى الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا فى قبوله فى الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد فى المعدوم ولا قصدا يراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط فى العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد فى كل من الثوبين شرطا لقبوله فى الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد فى المعدوم ان كان صريحا معلوم ولا يضر فان فى الثوبين أيضا ما شرط قبوله فى المروى صريحا وانما المقصود انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد فى كل شرطا فى قبوله فى الآخر كما فى الثوبين ولا شك أن فى العشرة أيضا كذلك فكان قبوله فى العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله فى المعدوم شرطا الى آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه المصنف وهو أن الشيئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخلا فى عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول فى الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف فى أحدهما كان ذلك شرطا فاسدا فى القبول فى الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ داخلا فى العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد فى الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلم يجعل شرطا لم يفسد العقد فى الآخر فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى انه انما أوجب فى تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشترى لما قبل فى عشرة ما كان غالطا فما تلاقى الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت فى العشرة لا يتم العقد فى التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب فى عشرة وليس فى الواقع الا تسعة لم يفد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله فى التسعة وهذا لانه جاد فى اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن فى ملكه فاحرى أن يكون لبيع باطلا كما ذكر فيمن

بان قال كل ثوب بعشرة فان نقص صح بقدره لان المبيع معلوم كانه مشار اليه والثمن معلوم أيضا لانه متى سمى لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهى العشرة فتكون حصة الباقى معلومة بخلاف ما اذا لم يسم ثمنا لان حصة الغائب لا تعلم أنها عشرة أم تسعة أم أحد عشر فجهالته تؤثر فى جهالة الباقى وله الخياران شاء أخذ كل ثوب بما سمى وان شاء ترك لانه ربما يكون الباقى رديا والغائب جيدا والمشترى انما رغب فى الردى لمكان الجيد فيتضرر بتفرق الصفقة قبل التمام فيتخير دفعا للضرر عنه وان زاد فسد لان العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا وأكثر مشايخنا على أن الجواز فى فصل النقصان قولهما أما عند أبى حنيفة رحمه الله فالعقد فاسد لان العقد فسد فى البعض لمفسد مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ لا سبب للفساد أقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد بمفسد مقارن للعقد يفسد عنده فى الباقى كما لو جمع بين حر وعبد أو اشترى ثوبين على أنهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فوجد أحدهما مرويا فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد فى الكل اذا وجد أحدهما خلاف جنس ما سمى فلان يفسد ههنا ولم يوجد أحد ما سمى أصلا أولى قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله

كان فوات الصفة فى أحد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الاصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقى وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول فى المروى شرطا للعقد فى الهروى وهو شرط فاسد لان المروى غير مذكور فى العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد فى المعدوم ولا قصدا يراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط فى العدد وهروى بفتح الراء ومروى بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان قال

قال المصنف (فاذا أحدهما مروى) أقول قال ابن الهمام بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاى فيقال مروزى وكانه للفرق بين قريتين اه وفيه كلام (قوله لان المروى غير مذكور فى العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال اذا كان غير مذكور فبأى شئ علم الشرط لانه لا يعلم من اشارته اليهما حين البيع فليتأمل

(ولو اشترى ثوبا واحدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلاخيار وفى النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من التجزئة وفى بعض النسخ يجرى عليه أى على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابى يوسف أن بافراداالبدل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شئ من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابى حنيفة رضى الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف فى الاصل لا يقابله شئ من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه أصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة فى الثوب الذى تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والاقبية أما فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما فى الحنطة اذا باع قفيزا منها

(قوله كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى هو تعميم الكلام لكلا مار فى الزيادة والنقصان بان يقول كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع ولابد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعله يمنع ذلك للتفاوت فى اطراف الثوب الواحد ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا ولابى (قوله والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا

المعدوم فافترقا (ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفى الثانى يأخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ فى الاول بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمها ولابى يوسف رحمه الله أنه لما فرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص

باع كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفى المحيط روى قاضى الحرمين أن العقد فاسد فى الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كر فوجدها كذلك جاز الا فى رواية عن أبى يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد وكذا اذا قال على انها أكثر من كر فوجدها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففاسد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير فى الاقل كما لو قال على أنها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا فى كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا فى العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد فى الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبى يوسف لان غاية ما فى ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلانى والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله فى الوجه الاول أخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى أخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله فى الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفى الثانى بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب فى مقابلة كل جزء اضافى من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا وفى بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير فى الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفى النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولابى يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع لما عرف أن افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شئ من الثمن وانما يثبت الخيار له لما

الاصح أن هذا قولهم لانه انما فسد العقد فى الكل ثمة لوجود العلة المفسدة وهى أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله فى الآخر ولم يوجد ههنا لانه ما جعل قبول العقد فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود ولا قصدا يراد العقد على المعدوم وانما قصدا يراده على الموجود فقط ولكنه غلط فى العدد بخلاف مسئلة الثوبين لانه جعل ثمة قبول العقد فى كل واحد من الثوبين شرطا لقبوله فى الآخر وهو شرط فاسد وكذا فى مسئلة الحر لانه شخص موجود يتحقق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطا فاسدا ولا كذلك ههنا اذ لا قبول يشترط فى المعدوم (قوله فيجرى عليه) أى فيجرى على النصف حكم المقابلة وفى بعض النسخ

ولابي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

(فصل) ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه

ذكرنا من أن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط) وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما او يتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود ههنا بعضه وبعضه ليس كله فكان البعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

(فصل) لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحى اليد لانها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على

فعجز أعليه من التجزية وهو ظاهر (قوله فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل) وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال أبو حنيفة رحمه الله أصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير أصلا بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيدة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصالة فبقيت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير ثمن وأما الجواب عن قول محمد رحمه الله بان الدرهم لما قوبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلا بنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صار أصلا باعتبار الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى أصله وهو الصفة وهذا هو الجواب أيضا عن قول أبي يوسف رحمه الله وما ذكر أن الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره التبعيض كالقميص والسراويل والعمائم والاقبية أما اذا اشترى كرباسا لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فاذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز كما اذا باع قفيزا من الصبرة (قوله فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت يحنث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حنث بعد انهدام البناء لان الكل ينتفي بانتفاء الجزء مع أن الايمان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر ألا ترى أن

(فصل) مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أن ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لا نسلم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم

(فصل ومن باع دارا) (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا ينبني على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول يعني انه لا يخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالمضاف مقدر (قوله وما وضع لالان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ

لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فى العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له

دخول البناء (بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحالف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لو أبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو فى المعينة فكأنه حلف على نفى الدخول فى هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التى تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة فى الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذى فى الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب فى الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والالا وقيل يحكم الثمن وفى المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر فى التحفة من غير ذكر خلاف وفى المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبى يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل فى بيع الحمام القدور دون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغى أن تدخل كما اذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتى ان شاء الله تعالى فى باب الحقوق *(فروع)* باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام فى بيع البعير ولم يذكر فى شئ من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص أو يحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف فى فتاوى قاضيخان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج فى الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا فى ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود فى بيع الحمار لانه ينقادونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل فى هذا باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية يتخير المشترى بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع فى حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع أتانا لها جحش أو بقرة لها عجول اختلف قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبده وله مال ان لم يذكر المال فى البيع فماله لمولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان

من حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرا لا يحنث وقد اعتبرت الصفة فى المعين لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يضر أكل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل لحمه بعد ما صار كبشا يحنث وصفة البناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنث به وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء فيدخل البناء فى الشراء عرفا (قوله ولانه متصل به اتصال قرار) والاصل أن العرصة أصل فى الدار لان قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء فى بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة

(لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهى اذا لم تكن داعية لليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أى بالارض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعا له

(قوله لأن تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه فى اليمين اذ هى للامتناع عن الشئ والبناء لا يكون داعيا الى اليمين فى أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار فى عرف الناس فليتأمل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقول كون البناء جزأ من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيدا فكلمه بعدما قطع يده ورجله يحنث مع كونهما داخلين فى زيد واذا بيع دخل يده ورجله فى البيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجمالى وأصل ماذكرنا فى كتب الاصول فى باب الاحكام (قوله اذا لم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول لا ينعقد بها فى العرف (قوله ولأن البناء متصل به أى بالارض على تاويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أى بالعرصة نعم ماذكره يصح فى قوله لانه متصل به للقرار

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذى فيها

عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز اذا تقابضا فى المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد فى مال العبد اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لى كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفى فتاوى قاضيخان ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهى للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهى كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق فى بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان فى الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذى على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوزق الفرصاد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى له فاكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت والداية ساوى خمسة فاكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل فى البيع أشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل فى البيع وفى الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود اختلف المشايخ واستثنى الحياض وفى المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا أن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل) أى لفصل الآدمى اياها لانتفاعه بها (فشابه المتاع الذى فيه) أى فى المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها فى البيع مع انه متصل للفصل بان ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضا الام وما فى بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للقرار كما فى الشجر كان متصلا للحال وفى ثانى الحال فيدخل

اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل فى بيع الدار بلا ذكر الا اذا كان شيأ جرى العرف بين الناس أن البائع يسامح به فحينئذ يدخل بلا ذكر ولهذا قلنا ان الغلق يدخل فى البيع بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع فى الدار وفى الاستحسان يدخل للعرف اذ البائع لا يمنعه عن المشترى بل يسلمه مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم (قوله ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل بخلاف الحمل حيث يدخل فى بيع الام لانه جزء الام فيدخل وان كان بعرض الفصل

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الاصح (وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء) ولا يدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى الدار) ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل فى بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور ان البشر ليس فى وسعه فصل الحمل عن الام

قال (ومن باع نخلا (أو شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع) الا أن يقول المشترى اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها النخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود

(ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها النخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعى رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع

بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل فى ثانى الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغى أن يدخل لان الاتصال قائم فى الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بان الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى فى البيع له أو تبعيته له والتبعية بان يكون مستقر الاتصال به لا بمجرد اتصاله الحالى مع انه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترطه المبتاع) لنفسه أى يشترى الشجرة مع الثمرة التى فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة فى كونها للبائع الا بالشرط ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعى ومالك وأحمد يشترط فى ثمر النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهى للمشترى والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر اناث النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع وفى لفظ البخارى من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذى باعها الا أن يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رحمه الله فى شفعة الاصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذى ذكره المصنف وما قيل ان فى مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفى الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه فى حادثة واحدة فى حكم واحد والذى يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور فى الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وحينئذ فيجب أن يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعنى مثمرا وما نقل عن ابن أبى ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشترى بعيد اذ يضاد الاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع) يقال له اقلعه وسلم المبيع (لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد) ولهذا لا يجب فى الدار تسليمها فى الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين (وفى العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع) فانه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشترى بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد جاء

عليه أرض فيها النخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الا أن يشترط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وان كان خلقة) فيه اشارة الى ان الاعتبار للحال الثانى والحال الاولى لا فرق فيها بين أن يكون خلقة أو موضوعا (ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشترى عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعى يترك حتى يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع) وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهى أقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا

(قوله وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار الخ) أقول فيه تامل فان تخصيص الشىء بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما لم يذكر على ما هو المذهب (قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بانه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف فى أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد فتأمل والله الموفق للرشاد

قلنا

قلناهنالك التسليم واجب أيضاحتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولافرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أولم يكن في الصحيح و يكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في أصح الروايتين على ماتبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه

وقت حصاده أجاب المصنف (بان هنالك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجرة في التبقية لان تسليم العوض تسليم المعوض ولابد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والالولم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى ماذكرنا مجانا وفي الاجارة بتركه باجر ولا مخلص من هذا الا أن يمنع أنه معتاد في البيع كذلك والا فاذا فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه أن يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لولم يكن التاخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع بيعوا ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها بيعا مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الارض أصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي يدخل ماتحتها بقدر غلظ ساقها وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ماشرط وقوله (ولا فرق) بين أن يكون له قيمة أولا في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالتين ان كان له قيمة أولم تكن وعلله أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار ومايصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن أما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منهما شيأ ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل

(قوله ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل) وفي شرح القدوري وشرح القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله أن الزرع انما لا يدخل في بيع الارض من غير ذكر اذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة أما اذا نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل وقيل لا يدخل والاول أصح وفي فتاوى الفضلي اذا باع أرضا فيها زرع لم ينبت فان كان البذر قد عفن في الارض فهو للمشتري والا فهو للبائع فان سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يتقوم بعد واختيار الفقيه أبي الليث أنه لا يدخل في البيع و يكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصا أودلالة كذا في الذخيرة

(قوله هنالك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الا باجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي (ولافرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أولم يكن) في كونه للبائع (في الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح أن بيعه منفردا يصح في أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار (قوله وأما اذا بيعت الارض) يعني معطوف على قوله ولافرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم تكن له قيمة (وأما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها (كالمتاع) وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض وأما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا (ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصفار (لا يدخل) وقال أبو بكر الاسكاف يدخل

قال المصنف (قلنا هنالك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض) أقول لا يقال الاجر عوض المنفعة لا الارض فلا يتم التقريب لان المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ماسيجيء (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سياتي) أقول يعني سيأتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله لما سياتي في جواب عن قوله لا يقال الخ

قال الشيخ (وكان) وصحح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفرا لبعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال (ولا يدخل الزرع والثمر) اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة الاول أن يقول بعت الارض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان في الارض أو على الشجر وأما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخلان الا بالتصريح به قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) بيع الثمر على الشجر لا يخلو اما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدا صلاحها أو لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال أو في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعني رواية ودراية أما الاولى فلما أشار اليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا منتفعا في أول ما تطلع لما وجب العشر على المشتري وأما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه مفض الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك أو ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت

وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لانه مال متقوم اما لكونه

هذا اذا صار الزرع متقوما أي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أولا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكان هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال (قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعني اذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلا أيضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا هذا في المتصل بالارض والشجر أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والجدود بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح

(قوله لانهما ليسا منهما) أي الزرع والثمر ليسا من المرافق والحقوق لان الحق يذكر لما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتفق به أي ينتفع به ويختص بما هو من التوابع كالمتوضأ والمطبخ ومسيل الماء (قوله ولم يدخلا لما قلنا) وهو قوله لانهما ليسا منهما (قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب وقيل لا يجوز

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول زاد الاتقاني (قوله يذكر لما هو تبع) أقول أي للمبيع (قوله وأما الثانية الى قوله مفض الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى الزمان الثاني كما في المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الاغلب يكون فيه

لوأذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشترى قطعها فى الحال تفريغا لملك البائع قوله (وهذا) اشارة الى الجواز أى الجواز اذا (اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما اذا قال اشتريته على أنى أتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير أو ان فى هذا البيع صفقة فى صفقة لانه اعارة فى بيع أو اجارة فيه لان تركها على النخل اما أن يكون باجر أو غيره والثانى اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها او اجارتها جائزة فيلزم صفقة فى صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه فى عظمها وأما اذا تناهى عظمها فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد وأما محمد رحمه الله فقد استحسن فى هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم تتناه عظمها

منتفعا به فى الحال أو فى الثانى وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والاول أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخيل فسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة وهو اعارة أو اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى من الارض أو الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه

لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعى وأحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به فى الاكل ولا فى علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز لانه مال منتفع به فى ثانى الحال ان لم يكن منتفعا به فى الحال وقد أشار محمد فى كتاب الزكاة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشترى وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشترى فى الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوى لعموم البلوى وفى المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد ووجه قولهما فى الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة) لانه ان شرط بلا أجرة فشرط اعارة فى

قبل أن يبدو صلاحها لانها مستحق القطع اذ لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعا بها حالا ومآلا فلم يصح (قوله أو هو صفقة فى صفقة) وهو اعارة أو اجارة فى بيع لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض الثمن فهو اجارة مشروطة فى البيع وان لم يكن بمقابلته شئ من الثمن فهو اعارة مشروطة فى البيع (قوله وكذا اذا تناهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا) أى أنه شرط لا يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد العقد وهذا لانه يحصل فى المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشترى فيه نفع والمعتاد الترك بلا شرط لا شرط الترك وفى الاسرار الفتوى على قول محمد رحمه الله (قوله بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها) لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد بمعنى من الارض والشجر وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فيفسد العقد ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب أنه لا يصح عندنا خلافا لمالك رحمه الله وكان شمس الائمة الحلوانى والفضلى رحمهما الله يفتيان بالجواز فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعده تبعا استحسانا لتعامل الناس وقد روى عن محمد رحمه الله فى بيع الورد على الاشجار أنه يجوز ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والاصح أنه لا يجوز كذا فى المبسوط لانه جمع فى العقد بين الموجود والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة

(قوله وانما يتوهم هذا) أقول أى اذهاب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بان شرط الترك على النخيل لا ينافى تسليم المعقود عليه على ما سيجيء فى مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية ففى تقريره ركاكة لا تخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تامل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغى أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة الكاكى عن الجامع الاصغر فراجعه

لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض أو الشجر والجواب أنا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بانه يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه

بعدما تناهى لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة من النئ الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا تزداد فيها من ملك البائع بغير اذنه شئ بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها على ما سنذكره واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لانسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثانية في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له أصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

الارض

تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر

البيع أو باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه ومالم يتناه انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فيكون مالم يتناه على أصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا أو باذن في ضمن الاجارة بان استأجر الاشجار الى وقت الادراك أو بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والا كل أما في الاذن المجرد فظاهر وأما في الاجارة فلانها باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست متعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعى شراء ما لا حاجة له اليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجار العفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورث خبثا أما هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب أما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتبار فمنع وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة أما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشترى بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزدد في ذاتها شئ وهذا قول المصنف (لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة) أى تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج

وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا أما في الباذنجان والبطيخ فلانه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون الحادث على ملك المشترى ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه أن يشترى الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجوده فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم (قوله لان هذا تغير حالة) كتغير اللون والطعم والثمار اذا صارت بهذه الصفة لا تزداد من ملك البائع فيها ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد رحمه الله استحسن جوازه (قوله لعدم التعارف والحاجة) لان التعارف لم يجر فيما بين

(قوله وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها الخ) أقول انما يمكن للمشترى ذلك أن لو باعه البائع كذلك وبلغ ما يقدر عليه المشترى من النقود الى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا شبهة ثمار الاشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول لو صح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا

الشمس عليه نعم عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعى و باقى الائمة فى الخلافية ما فى الصحيحين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل وما تزهو قال تحمار أو تصفار وأخرج البخارى فى الزكاة عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذى وابن ماجه عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذى حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع جعله للمشترى بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله فى البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفى موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسال رب الحائط أن يضع له أو يقيله فحلف لا يفعل فذهبت بالمشترى الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال تألى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما النهى المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضى الله عنه زهوها بان تحمر أو تصفر وفسرها ابن عمر بان تامن العاهة فكان النهى عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهى عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو الصلاح و يدل عليه تعليل النبى صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة بم ياخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذ بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يصر عنبا بم يستحل أحدكم يعنى البائع مال أخيه المشترى والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهى واذا صار محمل النهى بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقى بيعها مطلقا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم فى هذه الخلافية بالحديث وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيها أعنى حديث التابير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع منتفع به فى الحال أو فى ثانى الحال الى آخره وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التابير مما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغى أن يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول

الناس باستئجار الاشجار ولهذا لو استأجر نخلا ليجفف عليه الثياب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها على الاشجار (قوله فبقى الاذن معتبرا) فان قيل الاذن ثبت فى ضمن الاستئجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما فى ضمنه قلنا الاذن فى الاجارة الباطلة صار أصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك فى الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتا بوصفه فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة) أى لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه

الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن أن يكون متضمنا لشئ و يفسد ذلك الشئ لفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فان كان قبل القبض يعنى قبل تخلية البائع بين المشترى والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشترى فيشتركان فيه للاختلاط والقول فى مقدار الزائد قول المشترى لان المبيع فى يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلوانى يفتى بجوازه و يزعم انه مروى عن أصحابنا وحكى عن الشيخ الامام الجليل أبى بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله انه كان يفتى بجوازه و يقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا اشترط أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الائمة الحلوانى رحمه الله تعالى يفتى بجوازه) أقول فى الصورة الاولى أيضا

(قوله وكذا فى الباذنجان والبطيخ) يعنى أن البيع لا يجوز اذا احدث شئ قبل القبض واذا احدث بعده يشتركان (والمخلص) أى الحيلة فى جوازه فيما اذا احدث قبل القبض أن يشترى الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسى انما يجوز بجعل الموجود أصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) اذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس النخيل أو ثمرة مجذوذة وذكر فى بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل وأما بيع المجذوذ فجائز (٤٩٢) وهو مخالف لما ذكر فى شرح الطحاوى فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا

ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشترى الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لان الباقى بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة قال رضى الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى .

أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهى لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهى الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بانه فاسد (ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فاشبه هلاكه قبل التسليم (ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره) مع يمينه (لانه فى يده وكذا فى) بيع (الباذنجان والبطيخ) اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا لما ذكرنا وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الامام الفضلى وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس من عادتهم حرج وقد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشترى) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقى الثمن وفى ثمار الاشجار يشترى الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشترى على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة خلافا لمالك) أجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقى بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقى بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه وهو قول الطحاوى والشافعى وأحمد رحمهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد

مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر الادراك اذا طال البرد (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) سواء كان على الشجر أو بعد الجز خلافا لمالك رحمه الله لان الباقى بعد الاستثناء

منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء واستدل بقوله (لان الباقى بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل أيضا على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة) كم هى نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوى) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأنا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر أحسن ما يكون والمشترى يدفع اليه ما هو أردأ الثمر فيفضى الى النزاع سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شئ منه قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله فى المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا اما قوله (أرطالا معلومة) ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا أو رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما أنه بقى شئ بعد الاستثناء أو لا وكل من التقديرين يقتضى صحة العقد أما الاول فلان الباقى بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا أن الباقى غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الغرض ذلك فجاز أن يكون البيع فى الباقى مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثانى فلانه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فان اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثانى والعكس ليس بلازم

فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما فى الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شئ أولا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر فى ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغى أن يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى أن ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفى بيع أطراف الحيوان فيه وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضى أن يكون المستثنى مقصودا معلوما وايراد العقد يقتضى أن يكون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا فى القصد والعلم فما جاز أن يقع معقودا عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح فى جميع الصبرة الا فى قفيز

لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد عليه وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم فى جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلى والوزنى والعددى المتقارب فان استثناء قدر منه ة وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على أن لى هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن فى الاستثناء المستثنى لم يدخل فى المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف فى الاصول فلم يكن افرادها اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما فى الشرط فلأن الشاة دخلت أولا فى الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهى مجهولة فيفسد البيع فى الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه صحيح فى تسعة أعشاره ولو قال على ان لى عشره لم يصح قيل القائل أن يقول سلمنا أن ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقى وهو مجهول والجواب انا لا نسلم أن الباقى مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع فى الباقى مجازفة وهى لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع (قال ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها) بيع الشئ فى غلافه

أما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه (ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعى رحمه الله لا

ما قيل ينبغى أن يجوز البيع على كل حال لانه ان بقى شئ بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شئ يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا الان ورودهذا على التعليل يجوز ان لا يبقى بعد الاستثناء شئ وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق أنه بقى مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك فى الحال هى المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية ينبغى أن يجوز لان الاصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما اذا باع هذه الشاة الا أليتها أو هذا العبد الا يده فيصير مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغى لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به فى ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقى مبيعا الا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبى حنيفة فى بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء أرطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة فى الصحة من كون البيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا وأما ما قيل فى توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال لا تستغرق الكل والا فلا يرضى المشترى حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعى لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول عنده وله) فى بيع الحنطة فى السنبل (قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة فى سنبلها (وعندنا يجوز

مجهول وهذه الجهالة تفضى الى النزاع اذ المشترى يطالب بالاجود والبائع يسلم الارداء على أنه يحتمل أن الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة وصح فى ظاهر الرواية لان الاصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد كما لو استثنى قفيزا من صبرة وما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناؤه من العقد كما لو استثنى عضوا من الشاة ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما يتناوله الكلام فى حق الحكم

(قوله فيبطل الاستثناء أقول فيه بحث (قوله وينعكس الى أن ما لا يجوز الخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناؤها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فانه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل

يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز

ذلك كله ان المعقود عليه وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما أريد به الا الحب لا السنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والثمر يزهو وأزهى يزهي لغتان في الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعي الرباعية يزهى كما نقل الزمخشري عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا أنا عاملون وان الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال متقوم فظاهر وأما أنه معلوم فلانه مشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف اذا المانع من رؤية عينه لا يخل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بان النوى هنالك معتبر عدما هالكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في

فانما يصح في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وبيع الحمل وأطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثناؤه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة الاصل فلا يستقيم استخراجه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها الخ) فان قيل اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز مع أنه موجود في غلافه كالحنطة في سنبلها قلنا أشار أبو يوسف رحمه الله الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبلة الحنطة ألا ترى أنك تقول هذه حنطة وهي في سنبلها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل أنه اذا باع شيأ وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنابلها والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع لبنا في الضرع أو لحما في الشاة أو شحمها أو أليتها أو أكارعها أو جلودها أو باع دقيقا في هذه الحنطة أو زيتا في هذا الزيتون أو دهنا في هذا السمسم أو عصيرا في هذا العنب من الاشياء التي في خلقتها بحيث لا يمكن أخذها وقبضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها (قوله فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه) أي تراب الفضة بتراب الفضة أو بالفضة وتراب الذهب بتراب الذهب أو بالذهب وهو تراب يجتمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة (قوله نهى عن بيع النخل) أي بيع ثمر النخل (قوله حتى يبيض ويامن العاهة) وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية (قوله كالشعير) يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع (قوله وفي مسئلتنا) أي في بيع الحنطة في سنبلها لو باعه بجنسه أي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لا يجوز لشبهة الربا لانه

لا يجوز الا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (والارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره في قوله الاول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بمثله ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية بخلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف (قوله ولانه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية) أقول في نظره نظرات (قوله والاولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال

الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما و بيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب

أيضا لشبهة الربا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل (ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشترى لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزان الثمن على المشترى لما بينا انه هو المحتاج

الضرع واللحم والشحم في الشاة والاليةوالاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها) المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق *(فرع)* يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشترى ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشترى الثاني أن يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشترى الاول رضى بهذا الفسخ دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشترى أن يشتريه وانما كتبتها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاده) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العد (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم أن الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة وأجرة وزان الثمن على المشترى باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه وأما أجرة ناقد الثمن فاختلف الرواة والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة انه على المشترى وبه كان يفتى الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشترى الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة

لا يدرى قدر ما في السنابل (قوله اذ لا ينتفع به) أى بالغلق بدونه أى بدون المفتاح فان قيل الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شرى الدار قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل أن يكون مراد المشترى أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استأجر دارا يدخل الطريق بدون الذكر (قوله في رواية ابن سماعة عنه) أى عن محمد رحمه الله على المشترى وبه كان يفتى الصدر

قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفا أجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دارا الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع أغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشئ داخل في ذلك الشئ فان قيل عدم الانتفاع بدون شئ لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب أن الداخل في الداخل في الشئ داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل أن يكون مراد المشترى أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس

بما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا الترديد جائز في المتنازع فيه فتأمل

الكلام فى ذلك والقفل ومفتاحه لايدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل وان لم يتصل لايدخل

الى تسليم الثمن و بالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا) لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا) لاستوائهما فى التعين فلا حاجة الى تقديم أحدهما

الصحيح انه على المشترى وكذا قال القدورى انه على المشترى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة قال واختار فى الواقعات انه على المشترى وفى باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها فى وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار وفى المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشترى وهو المختار وقطع العنب المشترى جزافا على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر يعنى اذا خلى البائع بينها وبين المشترى الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنها لا تتعين بالتعيين) فى البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشترى دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقى من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ بالثمن كفيلا أو رهن المشترى به رهنا أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا أحال المشترى البائع به عند أبى يوسف وعن محمد فيه روايتان فى رواية كقول أبى يوسف وفى رواية اذا أحال البائع به رجلا سقط واذا أحال المشترى البائع به لا يسقط ومالم يسلم المبيع هو فى ضمان البائع فى جميع زمان حبسه فلو هلك فى يد البائع بفعله أو بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سماوى بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشترى وان كان بفعل المشترى فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشترى وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبى فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجانى فى المثلى المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجانى فى الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان فى الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما فى تعين حق كل منهما) قبل التسليم فايجاب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة فى التجريد تسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفى الاجناس يعتبر فى صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشترى وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشترى تعال معى أو امش فخطى معه فهو قبض وكذا لو أرسله فى حاجته وفى الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض فى البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة فى بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل

الشهيد رحمه الله (قوله تحقيقا للمساواة) أى فى تعيين حق كل واحد منهما وفى المالية أيضا لان الدين أنقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا فى المغنى والله أعلم

قال وأجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيال والوزان والعداد فهى على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب وأما أجرة ناقد الثمن ففى رواية ابن رستم عن محمد هى على البائع وهو المذكور فى المختصر وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشترى هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتى الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشترى لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بيع السلعة معجلا اما أن يكون بثمن أو بسلعة فان كان الاول يقال للمشترى ادفع الثمن أولا لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة فى تعين حق كل واحد منهما وفى المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثانى يقال لهما سلما لاستوائهما فى التعيين فلا يحتاج الى

شيأ لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على اغلاقها ومالا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعيدا عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري ان كان بقرب منها يصير قابضا أو ببعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا

(باب خيار الشرط)

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللناه ولقائل أن يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا أثر له نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا بخلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك هل يثبت أولا

(باب خيار الشرط)

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة الحكم الى سببه كصلاة الظهر اذ لولا الشرط لما ثبت الخيار والموانع أنواع ما يمنع انعقاد العلة كاضافة البيع الى الحر ومانع

تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب
(باب خيار الشرط)

(باب خيار الشرط)

قال (خيار الشرط جائز في البيع تارة يكون لازما وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على انى بالخيار أو على انى بالخيار أياما أو على انى بالخيار أبدا وجائز بالاتفاق وهو أن يقول على انى بالخيار ثلاثة أيام فما دونها ومختلف فيه وهو أن يقول على انى بالخيار شهرا أو شهرين فانه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين أولهما جميعا أو شرط أحدهما الخيار لغيره ووجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روى ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لاخلابة ولي الخيار ثلاثة أيام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع (ولا

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشترى (ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصارى رضى الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام

(قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشترى ولهما ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف أى في ثلاثة وبرفعها على انه خبر مبتدا محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى قاضيخان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان ابن منقذ بن عمرو الانصارى رضى الله عنه كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا ضعيفا وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة أيام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لاخلابة وكان يشترى الشئ فيجيء به الى أهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى في بيعى وسكت عليه وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعى من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعى رحمه الله والاصل في بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة أيام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقى في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لاخلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو وكان قد أصابه آمة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضى أن المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابى داود وكذا رواه البخارى في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو وذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلى في الروض الانف وكذا رواه ابن أبى شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو وقل لاخلابة واذا بعت بيعا فانت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ما روى في الموطا والصحيح عن ابن عمر أن رجلا ذكر

يمنع تمام العلة كبيع مال الغير ومانع يمنع الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم أن الشرط دخل على الحكم دون السبب لان الاثباتات لا تقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط داخلا على الحكم دون السبب فيتنجز السبب ويتعلق الحكم تقليلا للتعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه بشرط الخيار للبائع تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو اشتراه بعد ذلك بيعا باتا لا يعتق عليه فلولا انعقاد السبب لما انحلت اليمين ولولا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق (قوله حبان بن منقذ) بفتح الحاء المهملة وبالباء بنقطة واحدة تحتانية وقد كان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه والخلابة الخداع يقال خلبه بمنطقه اذا أمال

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للازم وغيره قلنا يكفى في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

رالمذكور فى النص هو المشترى فكما عـد يتم فيمن له الخيار فليتعد فى مدته فالجواب ان فى النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع فى معنى المشترى فى معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور

(ولا يجوز أكثر منها عند أبى حنيفة) وهو قول زفر والشافعى وقالا (يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين) ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل فى الثمن

لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع فقال اذا بايعت فقل لاخلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل فى جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب *(فرع)* يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع حتى لو شرا الخيار بعد البيع البات شهرا و رضيابه فسد العقد عند أبى حنيفة خلافا لهما ولو ألحقابه شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد فى قولهما او يفسد فى قول أبى حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله و يستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال فى بيع بستان على أنه بالخيار على ان له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشترى خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبى حنيفة يستمر له الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز أكثر منها) أى من ثلاثة أيام عند أبى حنيفة (وهو قول زفر والشافعى) وكما لا يجوز عند أبى حنيفة اذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزء الدعوى لانهما جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير (لان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل فى الثمن) شرع للحاجة الى التأخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز أى مقدار تراضيا عليه و بقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها فى ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة و يمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشترى لا حاجة الى شرط الخيار أصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة وان كان للتروى فى أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولا أوهى منتفع بها على الكمال أولا وان لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل فى مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور فى فتاوى القاضى اشترى شيأ يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فى القياس لا يجبر المشترى على شئ وفى الاستحسان يقال للمشترى اما أن تفسخ البيع واما أن تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى فى يد رجل بشراء شئ يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية و جحد المدعى عليه وأقام المدعى البينة و يخاف فسادها فى مدة التزكية فان القاضى يأمر مدعى الشراء أن ينقد الثمن و يأخذ السمكة ثم القاضى يبيعها من آخر و يأخذ ثمنها و يضع

قلبه بالطف القول وغبنه فى البيع أى خدعه والغبن ضعف الرأى يقال رجل غبين الرأى ومعنى قوله لاخلابة أى العدول عن البيع البات الى الخيار ليس منى غرور وخداع لك بل المقصود التروى و يحتمل أنه لاخلابة من جهة البائع لى يعنى اثبات الخيار لى حتى أتروى وأدفع الغبن عن نفسى ان كان فى هذا البيع (قوله فصار كالتأجيل فى الثمن) أى يجوز قليله وكثيره وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة

وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل فى الثمن فانه جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور فى حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه أجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم أن كثير المدة كالقليل فى الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا فى الرأس فكان أحوج الى الزيادة فلو زادت كان أولى بها فدل على أن المقدر لنفى الزيادة سلمناه لكن فى الكثير معنى الغرر أزيد وقد تقدم والقياس على التاجيل فى الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهى انما تكون بالكسب وهو لا يحصل فى كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة

قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذ لا معارضة بينهما حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوى المنطوق حتى يعارضه فليتامل فان للمنع مجالا ثم أقول ذكر حكاية الحال يناسب الجواب الثانى والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (الا انه اذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر) هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا

الثمن الاول والثاني على يد عدل فان عدلت البينة يقضى لمدعي الشراء بالثمن الثاني و يدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي آخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة أولا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل و بهذا يظهر أن قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غايته في ضعف المعرفة على ماذكر في أمر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان بدماغه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله و بلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حالة تزيد على هذه من الضعف الاعدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة وهو ماروى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه أعل بأبان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا أخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحمد بن ميسرة متروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شئ من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى انه لو شرع الاجل أيضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها أيضا ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا أو باع عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار

(قوله فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة) وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله استدل بالحديث بان النبي عليه السلام قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعي انما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فان اشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به خيار الرؤية أو خيار العيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين

قوله الا انه اذا أجاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتامل وزفر يقول ان هذا

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخ يشير الى أن الاستثناء منقطع والظاهر الاولى أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليتدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تتمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ماهو رأيهم في تفريع الخلاف

عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة انه أسقط المفسد قبل تقرره واعلم أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه أسقط المفسد قبل تقرره أي قبل مضي ثلاثة أيام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسد العينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق (قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع) تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل ولم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن

وله انه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول

(أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرره) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما اذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامهما على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر بخلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا أن يكون الغرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله أسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذي ينبني على الاصل لا أن أصل القاعدة ينبني على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو أعتق

(قوله أسقط المفسد قبل تقرره) فيعود جائزا كما لو باع جذعا في السقف ثم نزعه وسلمه أو باع بالرقم وأعلمه في المجلس الرقم في الاصل الكتابة والختم والتاجر يرقم الثياب أي يعلمها بان ثمنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال أو غيره بان ثمن الثوب كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك القدر فيقول صاحب الثوب أو الدلال أو غيره بعتك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير أن يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزا بالاتفاق وهذا عند أهل العراق من أصحابنا رحمهم الله فان عندهم ينعقد العقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط والاوجه أنه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب أهل خراسان واليه مال الامام السرخسي رحمه الله (قوله وهذا على الوجه الاول) وهو قوله وله أنه أسقط المفسد يعني أن القول بانعقاده فاسدا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد انما يستقيم على التعليل الاول وأما على التعليل الثاني وهو قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع الى آخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط لانه لم ينعقد فاسدا اذ المفسد هو اتصال اليوم الرابع ولما أجاز في الايام الثلاثة علم أن العقد كان جائزا من الاصل

(قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن) اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه فاما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الاقالة فى البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا فى معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ واذا كان فى معناه كان ملحقا به وردبانا لا نسلم انه فى معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بان النظر فى الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهى الحاجة وهى موجودة فيهما وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه فى التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ فى قول أبى حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزه محمد

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقد فى الثلاث جاز فى قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا فى معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به

العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به ما أوجب لزوم البيع ينقلب جائزا فى قول أبى حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز) والمنتفع بهذا الشرط هنا هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير بخيار الشرط حتى اذا قبض المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف) فان نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع وان لم ينقده فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده عتق لا ان كان فى يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر) على قياس قوله فى شرط الخيار (فان دفع الثمن فى الثلاثة جاز فى قولهم جميعا والاصل فيه) أى فى صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام فى الثمن (ان هذا فى معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن شرعيته للتروى لدفع ضرر الغبن فى المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن فى الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له لان المعتبر فى الدلالة الاشتراك فى الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة الا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل

(قوله والاصل فيه أن هذا فى معنى اشتراط الخيار) فى المقصود لانه يكون ثمة مخيرا فى الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير أنه جعل ترك النقد أمارة الفسخ والنقد أمارة الامضاء كانه قال ان شئت أجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة أيام وان شئت أفسخه فلا أنقد وفى الحاجة اذ كما يحتاج ثمة الى التروى فى المبيع هل يوافقه أم لا يحتاج ههنا الى التامل فى الثمن هل يصير منقودا أم لا فان قيل لو سكت ثمة حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع فلا يكون فى معناه قلنا الحاجة ماسة الى انفساخ العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع غبن عدم النقد فكان ملحقا به من حيث الحاجة الى دفع الغبن

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضى ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهى انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده نفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشترى يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ اهـ ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد الا أن يثبت فى المسئلة روايتان (قوله فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لان شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بان من له الخيار الى قوله الا بحضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا ينفسخ بمضى المدة بل يفسد العقد نقل عنه فى النهاية وغيره

وقد

أماأبوحنيفة فقدمر على أصله فى الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله فى تجو يز الزيادة فى الملحق به وأبو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به فى جواز الزيادة فى الثانى دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ فى الاصل الاثر وفى هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله فى هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام والمراد بالاثر ماروى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس فى الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر وعملنا بالقياس فى الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثانى أن يكون معناه أخذ أبو يوسف فى الاصل أى فى ثلاثة أيام باثر ابن عمر وهو ماروى أن عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما (وفى هذا) أى فى الزائد على الثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضى عدم الجواز كمامر (قوله وفى هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معنا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لاحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لايخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشترى بالاتفاق واذا كان للمشترى فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لايخرج عن ملكه فاذا كان لهما لايخرج شئ من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشترى بالاتفاق فاذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشترى هل يدخل فى ملك المشترى والبائع فيه خلاف قال أبوحنيفة لايدخل وقالا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع فى الصورة الاولى فلما ذكره من قوله (لان تمام هذا السبب) أى العلة (بالمراضاة) لكون الرضا داخلا فى حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما لمنع ابتدائه الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا

وقدمر أبوحنيفة على أصله فى الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد فى تجو يز الزيادة وأبو يوسف أخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس وفى هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا

يرجع فاسدا (وقدمر أبوحنيفة رضى الله عنه على أصله فى الملحق به) وهو أنه لا يزاد على الثلاثة فكذلك فى الملحق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وأبو يوسف فرق فأخذ فى الاصل بالاثر يعنى أثر ابن عمر فى جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ فى هذه المسئلة بالقياس أى فى نفى الزائد على الثلاثة وأما فى الثلاثة فبحديث ابن البرصاء على ما سنذكره فى خيار التعيين هذا ماذكر عن أبى يوسف هنا وقد روى عنه أنه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن أبى مالك عنه وفى شرح المجمع الاصح أنه مع أبى حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيأ وحكموا على قوله بالاضطراب (وفى هذه المسئلة قياس آخر) يقتضى أن لايجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن فى الثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا فى حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهى التى لم تعلق بالشرط بان قال بعتك على أن أقيلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقيلنى لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعى وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف ووجه الاستحسان ما بيناه (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب) الذى هو البيع (بالمراضاة) لما عرف من قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب فى

(قوله وأبو يوسف رحمه الله أخذ فى الاصل) أى فى شرط الخيار بالاثر وهو ماروى أن ابن عمر رضى الله عنهما أجاز الخيار الى شهرين وفى هذا أى فى الزائد على ثلاثة أيام فى خيار النقد بالقياس لان القياس فى شرط الخيار ما قاله أبوحنيفة رحمه الله وانما تركناه باثر ابن عمر رضى الله عنهما ولا أثر ههنا فبقى على أصل القياس (قوله بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها) أى لتعلق الاقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها فيه مفسد بان قال بعتك هذا العين على أن تقيله لم يصح وهذه اقالة صحيحة لانها غير معلقة وذكر فى الفوائد الظهيرية ثم انه ان لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده ينفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع

(قوله وقوله وفى هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعنى تقدم فى هذا القول بنصف ورقة تخمينا وهو قوله والقياس وهو قول زفر انه لايجوز لما انه بيع الخ (قوله لكون الرضا داخلا فى حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار) أقول فيه بحث فان بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لان البيع به يصير علة اسما) أقول تأمل فى صحة هذا التعليل

ينفذ عتقه ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (ولو قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع فى جانب الآخر لازم

حق البائع لانه لا يعمل الامع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه فى حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا اجاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان فى يد المشترى ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشترى (ولو قبض المشترى المبيع) وكان الخيار للبائع (فهلك فى يده) فى مدة الخيار (ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) فى حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لا نفاذ بلا محل فبقى) فى يد المشترى (مقبوضا) لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبى ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه مارضى البائع بقبضه الا على جهة العقد فأقل مافيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفى) المقبوض على سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قيمى والمثل فى المثلى اذا كان القبض بعد تسمية الثمن أما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان فى الصحيح وعليه فرع ماذكره الفقيه أبو الليث فى العيون فى رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع فى يده لم يلزمه شئ وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشترى فى هذا البيع قال مالك والشافعى فى المشهور وعندهم وجه فى ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت فى حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد فى ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ماذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه فى مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما انبرم البيع لعدم فسخ البائع فى المدة (ولو هلك) المبيع (فى يد البائع) والحال أن الخيار له لا اشكال فى أنه ينفسخ (ولا شئ على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال فى البيع الفاسد كذلك أعنى الانفساخ بهلاك المبيع فى يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد يأخذ حكمه منه (قوله وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج

بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ (قوله فلو قبضه المشترى وهلك فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا شئ عليه لانه أمين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع مارضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان الاصلى الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى على ما يجىء (قوله وفيه القيمة) أى فى المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى (قوله اعتبارا بالصحيح المطلق) أى بالبيع الصحيح

ينفذ عتقه) ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشترى فهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن أبى ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان أمانة فى يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الاصلى الثابت بالعقد فى القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى فى مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك بتمام الرضا ولو هلك المبيع فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح[1] وأما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشترى فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر وأما أن البدل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل فى ملك من له ذلك وهذا

(قوله قيل الى قوله لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولأنه يعلم منه حاله بالولاية

وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشترى لا يملكه عند أبي حنيفة وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال

المبيع عن ملك البائع لان البيع فى جانبه لازم بات فقد تم السبب فى حقه وانتفى ما يمنع من عمله اذ كان خيار المشترى لا يمنعه فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل) الذى هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا أن المشترى لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك لامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى وهو المقدر الذى ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة أنه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل فى ملك المشترى وهذا (عند أبى حنيفة وقالا يملكه) المشترى وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا الى) ملك (مالك ولا عهد لنا به فى الشرع) فى باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى أمر الكعبة اذا اشترى عبد السدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل فى ملك المشترى لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور (ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع فى ملكه اجتمع البدلان) الثمن والمبيع (فى ملك) أحد المتعاوضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضى المساواة) بين المتعاوضين فى تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك مالكه فيجتمع العوضان فى ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا ألزم فى الشرع مما ذكرناه فان المشترى للسدانة والوقف كائن فى المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل فى ملك أحد (ولان خيار المشترى شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة) فى رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشترى لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق بالاجماع أجيب بانه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفا لا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما فى معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتى المسئلة معللة بانبرام البيع فى ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا وما فى الاجناس لو بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار

المطلق عن الخيار اذا هلك المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع فان قيل ما فائدة قيده بالصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك قلنا اجراء لتصرفات المسلمين على ما هو الاليق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة (قوله ولا عهد لنا به فى الشرع) أى غير معهود فى شريعتنا أن يكون الشئ مملوكا ولا مالك له فان قيل متولى الوقف اذا اشترى عبد الخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى قلنا غير معهود فى الشرع أى فى باب التجارة وما ذكره من النقض ملحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم فى الاوقاف كذلك ولانه مبقى على حكم ملك الواقف ولهذا يكون الثواب له (قوله حكما للمعاوضة) احترز به عن

عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين فى ملك واحد وأجيب بان قوله (حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل فى ملك الآخر يكون زائلا الى مالك يعنى سائبة ولا عهد لنا به فى الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولى الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وأجيب بان كلامنا فى التجاره وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبى حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل فى ملكه ربما يكون عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فيعود على موضوعه بالنقض

(فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ماذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها لماله من الخيار (وان وطئها

الرؤية ذله أن يردها اذا رآها و يبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع في يد المشترى) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجى زواله كان قطعت يده ولو بغير صنعة فانه يلزمه الثمن و يمتنع الرد بخلاف مالو كان يرجى زواله في المدة بان مرض فان المشترى على خياره لكن ليس له أن يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشترى في كل عيب باى وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشترى بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ماذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعنى الفرق بين ماذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشترى فانه يهلك بالقيمة و بين ماذا كان للمشترى فهلك في يد المشترى فانه يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما لخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها لماله من الخيار) والمبيع لا يدخل في ملك المشترى بالخيار فلو رد البيع استمرت زوجة عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها (وان وطئها) بعد

الضمان في غصب المدبر فان المدبر المغصوب اذا أبق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر و بدله وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذاك ضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب أن لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ماقاله أبو حنيفة رحمه الله من كون الشئ مملوكا ولا مالك له مشروع في الجملة كما في العبد المشترى لخدمة الكعبة وماقالا من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع أصلا فكان التعويل على ماقاله أبو حنيفة رحمه الله وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ويجوز أن يخرج الشئ عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كالتركة المستغرقة من الدين يزول عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله يزول عن ملك الميت منع اذ التركة مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه (قوله وكذا اذا دخله عيب) أى يلزم العقد ويجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطعت يده وأما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلاثة وأما اذا مضت الثلاثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح (قوله ووجه الفرق أنه اذا دخله عيب) أى اذا كان المبيع في يد المشترى والخيار للمشترى فدخله عيب يمنع الرد و يبطل الخيار لما ذكرنا أنه تعذر عليه الرد كما قبض سليما من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما أشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم البيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع لانه عجز عن رده كما قبض باى وجه تعيب عنده فسقط خياره بخلاف ماذا كان الخيار للبائع لانه وان أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة اذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء (قوله ومن اشترى امرأته) قيد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرا أو ثيبا في أنه يكون مختارا للبيع بالوطء بالاجماع سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها (قوله وان وطئها

(قوله فان هلك في يده) أى ان هلك المبيع في يد المشترى فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ماذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يداه وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما ذكر أن هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشترى اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشترى فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق و وجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشترى والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى وأما اذا كان الخيار للبائع فلم يمنع الرد على المشترى بدخول العيب لان الخيار للبائع لا له فيهلك والمبيع موقوف فتلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار اذا كان للمشترى يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

له

له أن ردها) لان الوطء بحكم النكاح (الا اذا كانت بكرا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردها) لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشترى بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشترى على المشترى اذا كان قريباله فى مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشترى حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار

الشراء (له أن يردها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له فى النكاح ملكا قائما يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه اجازة (الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للعيب الذى حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهى ثيب يمتنع الرد عنده أيضا النقص الذى دخلها لا لذات الوطء فان قيل لما زوجها مولاها الذى باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضى بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها انسخ ذلك الرضا الى الرضا بما هى أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردها) ولو كانت ثيبا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف فى ثبوت الملك فى المبيع للمشترى بشرط الخيار وعدمه (ولها أخوات) ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف فى ذلك (منها عتق) العبد (المشترى على المشترى) بشرط الخيار (فى مدة الخيار اذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضى المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكت عبدا فهو حر) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فحاضت فى مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجترئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجترئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان فى القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشترى الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أن العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفى الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ فى المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى المشترى استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعدما اشتراها على أنه بالخيار فى المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر فى المبسوط لو ولدت عند المشترى ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوى هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولد له وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض

له أن يردها) أى وطئها وهى ثيب ولم ينقصها الوطء أما اذا نقصها فليس له الرد وان كانت ثيبا (قوله بخلاف ما اذا قال ان اشتريته) حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالمنشئ للعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فان قيل لو كان كالمنشئ للعتق لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة اذا اشتراه ناويا عن الكفارة

له أن ردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له أن يردها الا ان الوطء ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها) معناه اذا لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه أشير فى شرح الطحاوى وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر فى كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشترى على المشترى فى مدة الخيار اذا كان قريبا للمشترى لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة أجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر فى الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض فى مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء

ومنها ان حيض المشتراة فى المدة لايجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لايجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشترى عبدا ماذونا له فابرأه البائع من الثمن فى المدة

أحسن وهو يصدق بصورتين ماقبل القبض والشراء وماقبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشترى) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع القبض بالرد) لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لايصلح أن يكون مودعا الملك نفسه فلايكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لايصلح مودعا الملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلايكون مودعا الملك نفسه فتصح وديعة المشترى لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب ونحوه وقد يراد ملكه بحسب المآل الا أنه ليس بلازم لجواز أن لايؤل الى ملكه بأن يختار المشترى البيع أما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشترى ثم ان المشترى أودعه فى مدة الخيار البائع فهلك فى يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع فى قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فاودعه البائع فهلك فى يده هلك على المشترى ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لايمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشترى) بالخيار (عبدا ماذونا فابرأه البائع من الثمن فى المدة) يصح ابراؤه استحسانا لاقياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشترى بالخيار فلا يصح ابراؤه عما لايملكه وفى الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق

قلنا انما جعلناه كالمنشئ تصحيحا للجزاء أعنى قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالمنشئ فى حق الجزاء جعله كالمنشئ فى صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (قوله ان حيض المشتراة فى المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده) وذكر فى شرح الطحاوى فاضت عنده بعد القبض فى مدة الخيار أو حصل بعض الحيضة فى مدة الخيار فاختار صارت للمشترى ولا يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجتزأ بها (قوله لايجب عليه الاستبراء عنده) سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولايجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر وأجمعوا على أن العقد لو كان باتا ثم فسخ العقد بينهما باقالة أو بغيرها ان كان قبل القبض القياس أن يجب على البائع الاستبراء وفى الاستحسان لايجب وان كان بعده فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا. (قوله ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير أم ولده) يريد به اذا ولدت فى مدة الخيار وهى فى يد البائع ولم يقبضها المشترى أما اذا كانت مقبوضة فى يد المشترى وولدت عنده فى مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت الملك للمشترى وتصير أم ولده بالاتفاق لانها تعيبت بالولادة ويدل عليه ماذكر فى المبسوط وان اشترى جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت عنده سقط خياره لانها تعيبت بالولادة وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ومنها اذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على أنه بالخيار ثلاثة أيام عند أبى حنيفة رحمه الله لاتصير أم ولده ولا يبطل خياره وعندهما تصير أم ولده ويبطل خياره (قوله فهلك فى يده) أى فى يد البائع فى المدة أو بعدها هلك على البائع ويبطل البيع (قوله فابرأه البائع من الثمن) فان قيل اذا كان الخيار للمشترى لايخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلايملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابراؤه قلنا فى القياس لايبرأ وفى الاستحسان يبرأ وذكر فى شرح الطحاوى رحمه الله ثم ان البائع أبرأه من الثمن فالقياس أن لا يصح ابراؤه لانه لايملك الثمن وفى الاستحسان يصح ابراؤه لانه حصل بعد

استحسانا والقياس أن يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا وأجمعوا فى البيع البات يفسخ باقالة أوغيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة فى المدة بالنكاح لاتصير أم ولده عنده قال صاحب النهاية لابد من أحد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت فى مدة الخيار قبل قبض المشترى بشرط الخيار أو يكون اشترى الامة التى كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لاتصير أم ولده فى مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله فى المدة ظرفا لقوله لاتصير أم ولده لاظرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لاتصير أم ولده فى مدة الخيار وفيه تعقيد لفظى كماترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا

(قوله لانا لو أجرينا على ظاهر اللفظ) أقول يعنى الاطلاق

اشــترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت فى مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق و يبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد
ماتعيبت الجارية فى يد المشترى بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أودعــه عند البائع فهلك فى يد البائع فى مدة الخيار
أو بعــدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعــدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض
وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشترى صحت الوديعة وصار هلاكه فى يد المودع كهلاكه فى يده ومنها ما لو كان المشــترى عبدا مأذونا له
فابرأه البائع عن الثمن فى المدة بقى خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منــه عن التملك والمأذون له ولا يته ذلك وعندهما
بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلت اذا كان الخيار للمشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه أجيب بأن القياس ينفى صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور فى الكتاب وهو واضح واذا كان الخيار للبائع وأســلم يبطــل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشترى وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبــه بات فان اختاره المشترى صار له وان رد صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ فى المدة) هــذا العموم يتناول البائــع والمشترى والاجنبى لان
شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بان يقول أجزت وبموته فى مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره
فيكون العقد به نافذا وبان تمضى مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشترى فبذلك وبان يصير المبيع فى يد المشترى الى حال لا يملك فسخه على تلك
الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثانى هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع فى
مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف المشترى فيه تصرف الملاك
فيما اذا كان الخيار للمشترى فان العقد ينفسخ سواء فى ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمى والشئ قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا

بقى على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منــه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عنــدهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعــده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ فى المدة وله أن يجيز فان أجازه بغير حضرة صاحبه جاز

(بقى على خياره) فى السلعة ان شاء أجاز البيع فيأخذها بلا ثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبائع عند أبى حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شئ بلا عوض (والمأذون يليه) أى يملك ذلك كما له أن يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل فى ملك المشترى بالخيار لو رده كان متبرعا بملكه بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شئ واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشترى بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب أن الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا يرى أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شئ من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقــدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس فى أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على أن المشترى بالخيار ثم أسلم) المشترى فى مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف فى دخول المبيع فى ملك المشــترى بالخيار ما لو اشترى مســلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر فى المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاســتدام سكناها قال الامام السرخسى لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيأ ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبى فى يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقالا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشترى فاحرم البائع للمشترى أن يرده ومنها أن الخيار اذا كان للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشترى وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) فى مدة الخيار باجماع الفقهاء (وله ان يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان

وجود سبب الملك وهو العقد (قوله والمأذون له يليه) أى له ولاية الامتناع عن التملك (قوله ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم) وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع

قال المصنف (لان الرد امتناع عن التمليك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

الخيار للبائع فنفاذ البيع باحد معان ثلاث بمضي مدة الخيار و بموته و باغمائه وجنونه في المدة فان أفاق فيها قال الاسبيجابي الاصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته وأسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه و يسلمه أو يرهنه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان و يحل في غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير الملك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو مس ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار اختاره ولا اختيار عليه ولابي حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هي ملحقة بالوطء في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل وأما المباضعة مكرها كان أو مطاوعا اختيارا أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدأتها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع آخر وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيخان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره و يبطل بمرتين وركوبها ليسقيها أو يردها و يعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيخان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا لجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس و به أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا أنه يلزم بجنايته أثبتنا له قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن ففي رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه و يسقط حصته من الثمن فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو نزع الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبي حنيفة ورواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصد الزرع أو قصل

لما ذكرنا أن المبيع لم يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد ولو أسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيار البائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر اليه وان

وان

وأما الاول فهو ما يكون بالقول وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر أي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رحمهما الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع و)هو (لايعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا وأما اذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام

وان فسخ لم يجز الا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل

منه شيأ فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحى فهو رضا وقد ذكر فيه تفصيل وذلك في رحى الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن أو ألبسها فليس برضا

(قوله وان فسخ) أي من له الخيار في المدة (بغير حضرة الآخر) أي بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وقال مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لانه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة وحدوث العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع (له) أي لابي يوسف (أنه) أي الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعني الذي لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في حق الغير) وهو الذي لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أي الغير الذي لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسلعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر) يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال

اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما يتملك بالميراث (قوله وانما كنى بالحضرة) عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة المسبب فالحضرة سبب العلم (قوله وصار كالوكيل بالبيع) فان للوكيل أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لما أنه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه (قوله ولا يعرى عن المضرة) فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضا وهو أن يخفي الذي ليس من جانبه الخيار شخصه حتى تمضي مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى فيتضرر من له الخيار اذا أبى لزوم البيع قلنا انما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله رجل اشترى شيأ على أنه بالخيار ثلاثة أيام فخفاء المشتري في الثلاثة الى باب البائع ليرد المبيع فاختفى منه وطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لما اشترى ولم يأخذ منه كفيلا مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي خصما وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد رحمه الله فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي الى ذلك فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد أن يرد البيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير أعذار وفي رواية لا يجيبه

(قوله وهو قياس منه لاحد شطري العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شطري العقد

ولانسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملك غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه فى البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضى المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بانه ضرر مرضى به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضى به فاذا فات المجموع أو بعضه فى بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها فى حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شئ من الالزام كاسقاط الخل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعى لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه أولانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أولانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضى به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار لمالك رفع عقد الفضولى يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر فى العدة أولكونه بايجاب فى الشرع تصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور فى خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجازة وهو غير مرضى به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه

الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط

عدم علمه لا يثبت حكم العزل فى حقه ما لم يعلم به كى لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء و ببطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع و ربما يعتمد المشترى منه النفاذ فتشعب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس أبى يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم فى قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف فى حق الغير بالرفع فان هذا لا اثر له فى نفى الصحة بلا علم انما أثره فى نفى الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد فى ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا أن ما سواه لا أثر له من كونه تصرف فى حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذى ذكر أنه يلحق المشترى اذا كان الخيار للبائع فى حيز التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما فى محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلعته مشتريا فانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشترى فى المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير فى الفقه أعنى الزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه فى احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون ماله كالمقدار و باهدار أقواله أعنى عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابى يوسف والشافعى أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له فى التصرف فى حقه ذلك بالرفع فى المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه فى صورة التعارض وعدم تاثيره فى أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم يتفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر وأيضا لانه يمكن أن يختفى صاحبه فى المدة

القاضى الى الاعذار أيضا فقيل لمحمد رحمه الله كيف يصنع المشترى قال ينبغى للمشترى أن يستوثق و يأخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع يرد على الوكيل (قوله بخلاف الاجازة) لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الآخر باجازته شيأ لان العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار (قوله وكيف يقال) هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتمكن من

(قوله لان ذلك الى قوله من الالزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكمية على ما بين لانه اسقاط والاظهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أولانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ فى مسئلتنا فالاولى أن يقال أولانه مرضى به ولولاه لما أقدم على الايجاب (قوله أو هو مرضى به ولولاه لما أقدم على الايجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتاق لا النكاح

في غير ما ذكره المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله تجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالزام بهذا الفرع على أحدى الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصما ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظر للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا انقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب رده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين أنه اذا قال الخصم اني أعذرت اليه وأشهدت فتوارى فيقول القاضي اشهدوا أنه زعم أنه أعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك وأجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو موجود أولا ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه وأجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شئ من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها أجيب لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليهما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بان عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم أصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه *(فروع)* اشتريا غلاما

الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضا صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه اياه على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع

(قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كني الكناية الاصطلاحية لا رباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

قال(واذامات من له الخيار بطل خياره) اذامات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أوغيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذامات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذامات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بان اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولنا أن الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لامعارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لاخيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه ولم والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقالها هو

قال (واذامات من له الخيار بطل خياره

على أنهما بالخيار فرضي أحدهما الارد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك المشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كانه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز وطاب له اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع أوحط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشرط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر أو للاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ماذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله واذامات من له الخيار بطل خياره)

فاعتق المبيع أودبر أو كاتب أو رهن أووطئ أوقبل بشهوة أو وهب أوآجر فانه ينتقض البيع وان لم يعلم المشتري لان ثبوت الفسخ ههنا ضمني لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا أعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف مالو عزله قصدا فان قيل يشكل على قولهما أنه تصرف يلاقي حق الغير وهو العقد بالرفع مسائل منها خيار المخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج فينفذ ذلك عليه وان لم يرض ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينفرد بالرجعة ويلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ومنها خيار الامة المعتقة حيث يصح اختيارها الفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان للمالك خيارا فيه فلو رد ارتد بلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا أما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بايجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل وأما عن الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي تثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح ثابتا بحاله قبل الرجعة وانما تثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة وأما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من أسقط عنه شئ وأما خيار الامة المعتقة فانها مسئلة لا رواية فيها ثم الجواب عنها ان سلم أن الخيار ثبت لها بتخيير الشرع اياها فصار كما لو ثبت بتخيير الزوج لان للشرع ولاية علينا وأما رد المالك بيع الفضولي فان العقد لا يوجد في حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانعدم أصلا وأما العدة فانها لا تجب بالطلاق ألا ترى أنها لا تجب بطلاق قبل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا أنه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمتضمن لا للمتضمن (قوله واذامات من له الخيار بطل خياره) هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذامات من عليه الخيار فالخيار باق بالاجماع ثم

ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت

بائعا كان أو مشتريا (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله (فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهما يورثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيأ الا مشيئة مبني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار أن المفرغ له هو المعمول في ما قام الا زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه للعين ومن جملته الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان يختار أن يترك حقه أو يطالبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكأنه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة في الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث وجه قوي على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالي قلنا الثابت قوله ما في الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فبعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها انما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض

لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع وقال مالك رحمه الله ينفسخ العقد (قوله كخيار العيب والتعيين) أي خيار تعيين المبيع بان تشتري أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء وخيار الرؤية على أصلكم كذا في الإسرار (قوله ولنا أن الخيار ليس الا مشيئة) أي في رده فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا أي المشيئة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيئته صفة لا تزايله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث وغيره

الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بانه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا أن المورث متقدم فاذا ما تزال التقدم ثبت للوارث بما ثبت للمورث أعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين وكمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان يورث الخيار قال (ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره فأيهما
أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى
النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فانهما
يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين ما لو كان له فيها خيار أن يفسخ كما في خيار العيب
بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مما لو كانهم (قوله ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي
ليس هو عاقدا والا فغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره
(جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره واذا تضمن
المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتيني فله درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير
العاقد (أن جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد وهو
الاصح من مذهب الشافعي الا أن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير
وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع و يبطل الشرط
وجه (قول زفر أن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن
على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين
ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية
والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد
يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة
رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنبيته

كسائر صفاته من القدرة والحياة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال فلا يورث
كملكه في منكوحته وأم ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى
وتلاشى فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما ملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لا في العقد فان
الملك يثبت ولاية الاقالة ألا ترى أن اقالة الموكل من البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل فان قيل
ما ذكرتم من عدم انتقال صفة التوريث منقوض بتوريث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة
لمالك الاعيان ثم هي تنتقل من المورث الى الوارث في حق الاعيان قلنا لا كذلك بل العين تنتقل أولا الى
الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لا أن مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم
من أن تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المورث الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث
قلنا ليس من لوازم البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى
الوارث انتقال الخيار وأما المملوك فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارثا من المورث الى
الوارث بدون أن ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه
قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداء له لتشفي الصدور ولا يمكن أن يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار ثبت بالعقد
والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط فلا يثبت في حقه وأما تشفي الصدر فامر يشمل الكل الا أن المورث
لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان أقرب اليه (**قوله** لاختلاط
ملكه بملك الغير) فان قيل الاختلاط مشترك فلم يكن هو أولى بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك أحد
العبدين على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في
أحدهما لا يكون بهذه الصفة (**قوله** لان الخيار من مواجب العقد وأحكامه) أي لو شرط في العقد يصير حقا

قال (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقريركلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول ويجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الانشاء خبرا وهو تقرير القول قال المصنف (لان الخيار من مواجب العقد) أقول فيه بحث (قوله واجبا من واجباته) أقول فيه بحث والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه أي كبعض مواجب العقد

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذلا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحاله بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضي ألا ترى أن من قال لعبده حنثت في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد أولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه وأما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب أن المشترى أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه (واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فايهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) ففي رواية

وانا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما أجاز جاز وايهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا

عن العقد انما تمنع ان سلمنا صحة مانعيته لو اجزناه أصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت لهما اواستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولا وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عنى بألف انما هو العتق فكان التملك مقصودا لغيره تبعا لقصده ليصح العتق عنه وان كان أصلا بالنسبة الى الوجود فكذا هنا المقصود أولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بافرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعنى به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أى صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا

من حقوق العقد وواجبا من مواجبه (قوله فيقدم الخيار له اقتضاء) كقوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتق فان الآمر يصير مشتريا منه أولا وموكلا اياه بالعتق عندنا تصحيحا للامر وزفر رحمه الله لا يقول بالاقتضاء فهذه فرع تلك المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل ان شرط الثمن على الاجنبي وجب أن يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد أولا ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور ههنا أن الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى والكفالة لو صحت بطريق الاقتضاء لكان مبطلا للمقتضى فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل شرط صحة المقتضى أن يكون هو أحط رتبة وأدون منزلة من المقتضى الذي هو المذكور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الحانث في يمينه في قول المولى له كفر يمينك بالمال وان كانت صحة التكفير مقتضية للحرية تسابقا على التكفير بالمال اذ لا يصح هو بدون الحرية لما أن الحرية أصل أقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء قلنا نعم كذلك الا أن الاصالة قد

(قوله تصحيحا له بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض بيانه انه جعل الخيار ثابتا للعاقدين اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحا فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشترى أصل الخ) أقول فيه بحث لانه لم لا يجوز أن يقال ههنا أيضا الاعتبار للمقاصد والغير هو مقصود البائع بمطالبته الثمن وجوابه ان الثمن على المشترى بحسب وضع الشرع

بيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسخا كان أو اجازة (و) فى رواية ما دون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول أن تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق أحدهما لا بعينه وأجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافى الفعلين كالفسخ والاجازة وأما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثانى ان الفسخ أولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع هالك عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ولا شفعاء فى قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشترى قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشترى الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ وأجيب بان الكلام فى ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثانى قول أبى يوسف) فى المبسوط قيل والثانى أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعنى لما كان كل منهما أصلا فى التصرف من وجه العاقد من حيث لتمانه والاجنبى من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العقد عارضته فى ذلك (قوله واستخرج ذلك) يعنى أن المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج بما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) (ومن

يعتبر تصرف العاقد فى رواية وتصرف الفاسخ فى أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثانى ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثانى قول أبى يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما قال

يعتبر تصرف العاقد فى رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذى هو الفسخ فى أخرى) هى رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبى (وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه) والتصرف الصادر عن اصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرجح الاصيل تعين اطلاقه أجيب بان الوكيل فى الطلاق سفير كالوكيل فى النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثانى أن) لا ترجيح بكونه أصيلا أو وكيلا لان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف و (الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر فى المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثانى قول أبى يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلافهما هى ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع لمن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء

تثبت لغير العاقد ههنا بوجه آخر فلذلك جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك ان شرط الخيار من قبيل الالفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصل فى حق اللفظ لانه أثبت له الخيار باللفظ قصدا وأما الحرية فليست من خواص اللفظ اذ الحرية تثبت فى شراء القريب ووارثه بدون اللفظ فكانت الحرية جالبة عن جهة التبعية فلا تثبت فى ضمن ما هو تبع اهاوه والتكفير وأما ههنا فالعاقد تبع لغير العاقد فى اشتراط الخيار فى حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء (قوله يعتبر تصرف العاقد فى رواية) فى بيوع الاصل تصرف المالك أولى نقضا كان أو اجازة وتصرف الفسخ فى رواية المأذون (قوله والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان قيل المفسوخ تلحقه الاجازة ألا ترى أن الخيار اذا كان للبائع أو للمشترى فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشترى قبل أن يقبضه البائع بحكم الاقالة فعلى المشترى الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع لان تمام الفسخ بالتسليم الى البائع ثم قال شمس الائمة رحمه الله فى المبسوط وهذا لان الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ فى نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز وفسخ الفسخ ليس هو الا اجازة البيع فى المفسوخ قلنا هذا لا يلزم لانا قلنا الاجازة لا ترد على المنتقض ولا اجازة فيما ذكرتم كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر الامام قاضيخان رحمه الله والصحيح ما ذكر فى المأذون لان النقض أقوى من الاجازة فان النقض يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على النقض والادنى لا يعارض الاقوى كنكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لان نكاح الحرة يرد على نكاح الامة ونكاح الامة لا يرد على نكاح الحرة فان قيل الاجازة توجب الحرمة على البائع فكان أولى قيل الاجازة تأثيرها فى اثبات الحل والفسخ تأثيره فى ابقاء الحل فكان الابقاء أولى ولان الابقاء مع الشك أحق من الاثبات مع الشك لان الشئ يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ أولى (قوله وأبو يوسف رحمه الله يعتبرهما) و يجعل العبد بينهما نصفين

ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هنالك لتصرف المالك المالكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك المالكيته هنالك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك أن يقال الوكيل من الموكل هنالك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا قال (ومن باع عبدين بالف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصلا أو حصلا جميعا أو حصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فجهالتهما أولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع أجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا

(ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرط الانعقاد

فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بالف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول المذكور (في الكتاب) والاظهر أنه يريد به البداية لان الهداية تشرحها (وفساده لجهالة المبيع والثمن) جميعا وذلك أن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والمبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلا بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا الانتفاء المفسد من جهالة أحد الامرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد في الذي فيه الخيار وهو غير داخل في الحكم شرط الانعقاد في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع في العبد أجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السؤال بقوله (وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرط الانعقاد

ويخير كل واحد منهما ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع لتفرق الصفقة ولما لم يرجح تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ راجح على الاجازة علم أن الفسخ أولى عنده من الاجازة (قوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار) جواب شبهة وهو أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذه الصورة أيضا لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل العقد لان العبد الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الآخر فكان بمنزلة من جمع بين قن وحر وباعهما وأنه لا يجوز أو باع ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي فقال ليس هذا كذلك فان الحر والمروي غير داخل في العقد لا انعقادا ولا حكما لانه ليس بمحل للبيع أصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا مفسدا للعقد في القن وأما ههنا الذي فيه الخيار محل للبيع فكان داخلا تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلا في الحكم

(قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هنالك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة لما تدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الايجاب (قوله فكان الداخل في العقد) أقول أي نخلص الحكم

العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد فى الوجهين اما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أى من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كما لو جمع بين قن ومدبر) و باعهما بالف حيث ينفذ البيع فى القن بحصته وان كان قبول العقد فى المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر فى البيع لمحليته له فى الجملة ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ماشبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل فى البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفى الجمع بين القن والمدبر فى البيع خلاف سيأتى ان شاء الله تعالى فى آخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذى فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعتك هذين بالف على أنى بالخيار فى هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعين من فيه الخيار الا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين الذى لم يعين فيه الثمن و بين ما اذا جمع بين عبدين فى البيع بثمن واحد فاذا أحدهما مدبر أومكاتب أو جار يتين فاذا احداهما أم ولد حيث يصح البيع فى القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح فى المسئلة المذكورة فى الكتاب بالحصة أجيب بان من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ماذكرهنا أن لا يجوز العقد فى تلك المسائل فى القن و يصير ماذكرهنا رواية فى تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد فى المشروط فيه فيكون كالعدوم فلم ينعقد فيما ابتداء فينعقد فى الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه فى البيع لما ذكرنا من محليتهم فى الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ماذكرهنا يتفرع مافى فتاوى قاضيخان باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشترى ثم مات أحدهما لا يجوز البيع فى الباقى وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد فى الباقى بالحصة ولو قال البائع فى هذه المسئلة نقضت البيع فى هذا أو فى أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم

فكان نظير من جمع بين قن ومدبر و باعهما بالف صح البيع فى القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع فى المدبر لان المدبر داخل تحت البيع ولهذا لو قضى القاضى بجوازه نفذ فكان قبوله شرطا صحيحا كذا هنا (قوله والثالث أن يفصل ولا يعين) أى يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار بان قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل فى الحكم فبقى الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا والرابع أن يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعت منك هذين العبدين بالف على أنى بالخيار فى هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل فى الحكم فبقى الآخر وحده وثمنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذى لم يدخل تحت العقد أصلا فان قيل أليس أنه لو اشترى عبدين بالف فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب فان العقد ينعقد صحيحا فى القن وان كان الانعقاد فى حق القن بالحصة قلنا قال بعض مشايخنا على قياس ماذكرهنا لا يصح العقد فى القن فى تلك المسئلة فصار ماذكرهنا رواية فى تلك المسئلة و بعضهم فرقوا و وجه أن الخيار يمنع انعقاد العقد فى الحكم و يجعل

جمع بين قن ومدبر فى البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد فى الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا فى العقد ولا فى الحكم ولقائل أن يقول فى الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على انى بالخيار فى أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد فى الآخر لفسد فى القن اذا جمع بينه و بين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن أجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا أدى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد فى حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار فى حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد فى حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهى مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده فى حق الحكم ولهذا لو قضى القاضى بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن فى البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصة

(قوله وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى فى الجواب ان شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الى الآخر فتأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشتريت أحد هذين الثوبين على ان لى ان آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة وأما اذا كانت الاثواب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساده في الاربعة لان المبيع أحد الاثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان انه في معنى ماورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ماهو الاوفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما (يحتاج الى اختيار من يثق به) لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (في معنى ماورد به الشرع) ولا نسلم ان

قال (ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ماهو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ماورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها

وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء وهذا خيار التعيين يعني أي الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للمبيع أما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع في الكل) في أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة (وهو) أي القياس (قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى رفع الغبن ليختار ماهو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان) قد (يحتاج الى رأى غيره) في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر اعلوه أو اتحجبها خصوصا اذا كانت أهله لا ينبغي له أن يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الاوفق (ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان في معنى ماورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من

العقد كالمعدوم في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار فلو انعقد العقد في حق الآخر ينعقد بحصته ابتداء وذا لا يجوز في المدبر والمكاتب البيع ينعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق الحكم واذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق القن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبدين وهلك أحدهما قبل التسليم فان العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن (قوله والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع) كما لو قال بعت منك أحد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب أربعة وذكر الخيار أو لم يذكر فان المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة العقد ألا ترى أنه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرر ولا يزيله وجه الاستحسان أن هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وهو يحكم خياره يستبد بالتعيين فالجهالة لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كما لو اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضى الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل ثوب لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول وانما فسد العقد بجهالة الثمن والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشترى شيأ لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا تسمح مروءته بالدفع اليه الا أن يبتاعه والذي يعجب عياله من هذا النوع لا يدرى ماهو فتمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه (قوله فكان في معنى ماورد به الشرع) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام

(قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه انه ينبغي أن يزيد قوله ولى الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين الا انه غيره الى هذا اشارة الى وجوب توقيت خيار التعيين اذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجيء (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لافضائها الى المنازعة فقط لم يحتج جواز

 البيع في الاربعة الى مرخص اذ ليس فيه هذه الجهالة فالاولى أن لا يقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه) أقول ضمير اليه راجع الى من في قوله من يشتريه

(الجهالة تفضي الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا قصدا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيف

والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا أن الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار

كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تفضي الى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعني البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيخان الى أكثر المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعه هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصور وقع اتفاقا لا قيدا وصححه فخر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا

(قوله والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة) أي والرخصة انما تثبت شرعا بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما (قوله ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط

على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين أولا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وبمدة معلومة أي مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما أجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه

التعيين

(قوله وان لم يذكر الزيادة) أقول يعني قوله ولى الخيار الى ثلاثة أيام قال المصنف (وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول ولك أن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعي في شرح الكنز فلا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح نقلا لا بين فان التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ولهذا استدل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة محمد في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعد مضى الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق فتامل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعا له على ما كان قبله اذا لم يعين المشترى أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتامل

التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضي أن شرط الالحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لا أنه يسقط خياره ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشترى قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ماذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فالم يطلب شريكها لقسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لانه أصله وعندهما أى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوى قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذا بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أجيب بأن في خيار النقد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس في صريح التعليق فكان في معناه وهذا يوجب ان أخذه في خيار النقد في الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ونفى الزائد بالقياس وأثر ابن

قال فخر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وذكر في الفوائد الظهيرية فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردهما وعلى قول الكرخي رحمه الله له أن يردهما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال أكثر المشايخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فما دونها في قول أبي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان القياس يأبى جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردهما ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشترى في الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين فلا يردهما الوارث وله أن يرد أحدهما وذكر في الذخيرة هذا اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشترى فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بان قال البائع بعتك أحد هذين الثوبين على أني بالخيار أعين البيع في أحدهما دون الآخر لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد أنه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشترى انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة الى اختيار الارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما يقتضيه القياس (قوله وبمدة معلومة أيتها

(قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

ولوهلك أحدهما أوتعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة) حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شئ وهـذا
لان المعيب ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو فى دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل

ولوهلك أحدهما أوتعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولوهلكا جميعا معا
يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما

عمر نقله الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن
سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع
بيننا فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف فى مسئلة
خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس (قوله ولوهلك أحدهما
أوتعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب
فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذى حدث فيه عنده وتقدم
أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلوهلك الآخر بعده هلك بغير شئ لانه تعين انه أمانة أما لوهلك أحدهما
قبل القبض أوتعيب فلا يبطل البيع والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك ولوهلك الكل
قبل القبض بطل البيع (ولوهلكا معا) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع
والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما
وأثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلفا
فى الهالك أولا فادعى البائع انه أكثرهما ثمنا وقال المشترى الاقل فان القول قول المشترى مع يمينه على
ما استقر عليه قول أبى يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر
وان حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ثم رجع الى ماذكرنا من قول محمد وأيهما أقام البينة قبل فان أقاماها قضى ببينة
البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك

كانت عندهما) أى زائدة على الثلاثة فان قيل ينبغى أن لا يجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند أبى
يوسف رحمه الله لانه أخذ بالقياس فى قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما قلنا قوله ان لم ينقد
الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فى خيار الشرط واردا فيه وأما خيار
التعيين من جنس خيار الشرط لان فى كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد فى خيار الشرط
واردا فى خيار التعيين (قوله ولوهلك أحدهما أوتعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع
الرد بالتعيب) فان قيل اذا طلق أحدى امرأتيه ثم ماتت احداهما فتعينت الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا
يتعين الهالك للبيع قلنا قال القمى رحمه الله لا فرق بين المسئلتين فى الحاصل لان فى الفصلين ما يهلك يهلك
على ملكه أما العبد فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقى للرد وفى الطلاق كذلك تهلك الهالكة على ملكه
حتى تتعين الباقية للطلاق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا الا أن الصحيح أن بينهما فرقا وهو أن العبد لما
أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العقد فيه وتعين
الباقى للرد ضرورة وأما فى الطلاق فان المرأة حين أشرفت على الهلاك لا تبقى محلا لوقوع الطلاق فلو وقع
الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل
واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عنده فانه لا يرد الباقى لان العقد تناولهما جميعا
ألا ترى أنه يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق
الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد تناول أحدهما ألا يرى أنه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك
أحدهما أوتعيب كان له رد الباقى (قوله ولوهلكا جميعا معا الخ) وانما قيد بقوله معا لما ذكرنا أنهما لو

قبض الآخر لا يكون أقل
من المقبوض على سوم
الشراء وهناك تجب القيمة
عند الهلاك أجيب بانه
أقل من ذلك لان المقبوض
على سوم الشراء مقبوض
على جهة البيع وهذا ليس
كذلك لانه لم يقبض الآخر
ليشتريه وقد قبضه باذن
المالك فكان أمانة فان قيل
كيف انعكس حكم المسئلة
فيما اذا طلق الرجل احدى
امرأتيه أو أعتق أحد
عبديه فماتت احداهما
فان الباقية تتعين للطلاق
دون الهالكة وكذلك فى
العتاق أجيب بان المرأة
اذا أشرفت على الهلاك
خرجت عن محليته وقوع
الطلاق فتعينت الباقية
لذلك والثوب اذا أشرف
عليه خرج عن محلية الرد
لتعيبه فتعين لكونه مبيعا
ولوهلكا جميعا لزمه نصف
ثمن كل واحد منهما لعدم
أولوية أحدهما لكونه مبيعا
فشاع البيع والامانة فيهما
وأما اذا ذكر خيار الشرط
فيثبت له خيار الشرط وخيار
التعيين لا يتوقف على الايام
فله أن يردهما بخيار الشرط
فى الايام الثلاثة لانه أمين فى

أن يكون على حذف
المضاف والقرينة القريبة

(قوله فكان التعيب اختيارا دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول ولو
أى ليستديم اشتراءه فان مقصوده استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فبقى الآخر أمانة أقول أجيب بان المرأة اذا اشرفت
على الهلاك خرجت عن محليته وقوع الطلاق) أقول فيه تامل فان خروجها عن محليته وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال

أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع أيضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف ثمن كل فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الامانة وأحدهما الا على التعين مبيع كما أن أحدهما الا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلل به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم اذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الامانة أجيب بان اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل لم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب بمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شئ على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يتجزء فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لاى شئ انعكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القمى بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لاى شئ جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهنالك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقي للضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا

هلكا على التعاقب تعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه وتعين الباقي للامانة فلا يجب من ثمنه شئ وأما لو هلكا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقا كان الثمن أو مختلفا لان كل واحد منهما ليس بأولى من الآخر بكونه مبيعا وكذلك لو هلكا على التعاقب ولا يدرى السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان تعيبا معا يرد

أحدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد أحدهما وان اختار أحدهما لزمه ثمنه لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من أنه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فللاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه اشارة الى أن خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد أنه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين) وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما

(قوله وأما اذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة تخمينا وهو قوله فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث الخ فقوله ولهذا ايضاح لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيار ابتدائي كما سبق ولهذا لا يتوقت وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله الاتقاني

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط (فبيعت دار أخرى بجنبها فى مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضى الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار و يثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبى حنيفة خاصة لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع فى ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل فى ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة و يسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر

(ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضى أحدهما

العقد انما يتناول أحدهما حتى لا علك اتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما (فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أى الشان (ماثبتت) الشفعة (الا لدفع ضرر الجوار وذلك) أى ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك فحيث شفع دل على أنه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبى حنيفة خاصة) لانه القائل بان المشترى بالخيار للمشترى لا يدخل فى ملك المشترى فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بان المشترى بالخيار ملكها فتجب له الشفعة بها والوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو متزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فمن شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفى المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبى حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشترى هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر الماذون والمكاتب كالوكيل عن السيد فى الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع فى الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتى أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله واذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضى أحدهما بالبيع) بطل خيار

أيهما شاء (قوله فتبين أن الجوار كان ثابتا) فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ بالشفعة المشترى اذا كان الخيار للبائع قلنا المشترى بشرط الخيار له ولاية اثبات الملك باجازة البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك اذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق فانه ينفذ من المشترى اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشترى وان أجاز البيع وذكر الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله أما وجوب الشفعة للمشترى فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبى حنيفة رحمه الله

الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار فى دار يريد ردها قال شمس الائمة أما وجوب الشفعة للمشترى فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبى حنيفة فلانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشترى لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتى قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضى أحدهما دون الآخر

قال المصنف (ومن اشترى دارا الى قوله الى اختياره الملك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بها فليتأمل فليس

والظاهر أن المراد بالاخذ القرب منه بطلبه (قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء اذ لا مرجح لاثبات الملك فى الاوقات التى بعده حتى يتعين له (قوله لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار) أقول يعنى فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار و يثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجامع الملك عند أبى حنيفة الخ

فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده) وكذا اذا اشتريا وورضي أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه (لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ماهو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم أن اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما ألا ترى ان من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا مهاياة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا أيضا للراد لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأفجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض أجيب بانه ان سلم فهو رضا به في ملكهما الا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقريره أن اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات

فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد

الآخر (فليس له أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بان اشترى الرجلان شيأ فاطلعا على عيب فرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك أو اشتريا ولم يريا فعند الرؤية رضي أحدهما دون الآخر (لهما أن اثبات الخيار لهما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايأة والخيار ماشرع لدفع الضرر عن أحدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب أجيب أنه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا

فلانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وان لم يملكا دارهما وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هنالك لم يصر أحق بالتصرف فيها وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فطالب شفعتها لم يبطل خياره وهو المختار من الرواية بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضا معتبر بصريح الرضا ولو قال رضيت يبطل به خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية فكذا هنا وكذا يبطل خيار العيب بأخذ الشفعة (قوله وعلى هذا الخلاف خيار العيب) يعني اشترى الرجلان عبدا ورضي أحدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بان اشتريا شيأ لم يرياه ثم رأياه فاراد أحدهما أن يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك (قوله فلو رده أحدهما معيبا به) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب وذلك لان البائع بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق التهايؤ وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء فان قيل البائع رضي بالتبعيض لما باعه منهما قلنا انما رضي في ملكهما الا في ملك نفسه ولا يقال ان هذا العيب حدث في يد البائع لان تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانا نقول انه وان حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره الا أن هذا العيب

قال المصنف (فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى وما الذي يترجح به جهة الرضا على الرد (قوله وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضي بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليتأمل (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضررا للراد) أقول أي المريد للرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراضي فلا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرده الخ) أقول يعني وكذا لا يرد اذا كان الرد موجبا للعيب

الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على انه خباز أو كاتب فكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن و بين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن فى ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا أو خبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية فى ذلك كما فى وصف السلامة المستحق بمطلق العقد و يقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أما رده فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق فى العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن أو المثمن كان ملائما للعقد ألا ترى انه لو كان موجودا فى المبيع لدخل فى العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفى أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوى سلمناه لكنه مجهول ليس فى وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يامره بالخبز والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا نعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير وهذا لان المشترى ما رضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هى حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش فى الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هى جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف

قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق فى العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضى به دونه

كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من أمرين فى أحدهما ضرر دون الآخر أنه انما أراد المحتمل الذى لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز او كاتب) أى حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو مات هذا المشترى انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه فى ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه فى المبيع ولو كان موجودا فيه دخل فى العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحيحا والاصل فى اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعى على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط فى الفرس انه هملاج وفى الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكة ولابه أما لو اشترى جارية على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحبل فى الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة فى وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبى حنيفة فى شرط الحبل فى البقر والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد فى اشتراط أنها حلوبة لا يجوز

بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عمله فى المنع من الرد ولا معنى لما قالا ان فى امتناع الرد ضررا على الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن اتحاد شرط الرد لا بتصرف من الغير (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) فان قيل مثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو باع شاة على أنها حامل أو باعها على أنها تحلب كذا فان البيع فيه وفى أمثاله فاسد مع أنه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ظاهر لان الحبل فى البهائم زيادة وهى زيادة مجهولة لا يدرى أن انتفاخ بطنها من ريح أو ولد وأن الولد حى أو ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط باطل يعنى أن اشتراط مقدار من المبيع الذى ليس فى وسع البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطا مفسدا للعقد حتى لو اشترط أنها حلوب أو لبون ذكر الطحاوى رحمه الله أن هذا الشرط لا يفسد به العقد لما أن هذا الشرط وصف مرغوب فيه وكذلك قوله على أنه خباز أو كاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفته سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على أنه

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس فى وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل

وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة فى الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذه أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة فى العقد على ما عرف

لان المشروط هنا أصل من وجه وهو الذى قال محمد فى مسئلتنا فان قبضه المشترى ووجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيأ يسيرا ناقصا فى الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بالكلية واذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن أبى حنيفة لا يرجع بشئ لان ثبوت الخيار للمشترى بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد فى خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما فى ظاهر الرواية وبه قال الشافعى لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما فى العيب ولو اختلف المشترى والبائع بعد مدة فقال المشترى لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسى عندك والمدة تحتمل أنه ينسى فى مثلها فالقول للمشترى والاصل فى هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم فى الصفات العارضة أصل والوجود فى الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر فى ثبوت توجه الخصومة لا فى الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشترى ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشترى ولا يرد ولا يعتبر قول العبد فى ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسى عندك والمدة تحتمل ذلك والمشترى ينكر ذلك فالقول قول المشترى ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشترى ثيب فان القاضى يريها النساء فان قلن بكر لزم المشترى بلا يمين البائع لان شهادتهن تايدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة

هملاج أو كلبا على أنه صائد فانه يجوز كذا ههنا وحاصله أن هذا الوصف لما كان وصفا مرغوبا فيه ولمعرفته سبيل بان يأمره بالخبز والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرطا مما يقتضيه العقد لان العقد يقتضى أن يكون المبيع والثمن معلوما بماله من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما يأتى تفصيل الشروط التى تفسد العقد والتى لا تفسد فى باب البيع الفاسد ان شاء الله تعالى ثم المستحق فى هذا العقد بهذا الشرط أدنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز فان وجده لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبا أو خبازا كان للمشترى الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب فيه فيقوم العبد كاتبا أو خبازا عن أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بالشرط ويقوم غير كاتب أو خباز فينظر الى تفاوت ما بين ذلك فيرجع بقدره وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه ليس للمشترى أن يرجع على البائع ههنا بشئ لان ثبوت الخيار للمشترى انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد فى خيار الشرط لا يوجب الرجوع للمشترى على البائع بشئ ولكن ما ذكر فى ظاهر الرواية أصح واذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز وهى تحسن ذلك فنسيت فى يد البائع ردها لان الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط (قوله بمنزلة الذكورة والانوثة فى الحيوانات) مثل الفرس والبقر والغنم بخلاف الانوثة والذكورة فى بنى آدم فانها تورث فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت

السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة فى العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم

(باب خيار الرؤية)

قال (ومن اشترى شيألم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده)

لتتوجه اليمين على البائع اذلا بد للمشترى من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهى بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشترى وروى عن أبى يوسف ومحمد فى رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضى من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشترى الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهى بكر وزالت بكارتها فى يدك فالقول قوله لان الاصل هى البكارة ولا يريها القاضى النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت فى يدك واعلم انه اذا شرط فى البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشترى الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشترى وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس أعنى الهروى والاسكندرى والمروى والكتان والقطن والذكر مع الانثى فى بنى آدم جنسان وفى سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت فى الاغراض وعدمه فان اشترى ثوبا على انه اسكندرى فوجده بلديا أو هندى فوجده مرويا أو كتان فوجده قطنا أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو أرضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد فى جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هى مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصى أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جملا أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو حمارا أو بعير فاذا هو أتان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلى أو ثيب فاذا هى بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغى فى مسئلة البعير والناقة أن يكون فى العرب وأهل البوادى الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شئ من ذلك لا خيار للمشترى

(باب خيار الرؤية)

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيألم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التى وصفت له أو على خلافها مثل أن يشترى جرابا فيه أثواب هروية أو زيتا فى زق أو حنطة فى غرارة من غير أن يرى شيأ ومنه أن يقول بعتك درة فى كمى صفتها كذا أو ثوبا فى كمى صفته كذا أو هذه الجارية وهى حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيأ من ذلك وفى المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول بعت منك ما فى كمى بل عامة

(باب خيار الرؤية)

(قوله ومن اشترى شيألم يره فالبيع جائز) اذا اشترى الرجل زيتا فى زق أو برا فى جوالق أو درة فى حقة أو ثوبا فى كم واتفقا على أنه موجود فى ملكه ولم ير المشترى شيا من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء رده قال الشافعى رحمه الله لا يصح العقد لانه اشترى شيأ مجهولا فصار كما لو باع عبدا من

(باب خيار الرؤية)

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تاثيره فى منع تمام البيع وتاثير خيار العيب فى منع لزوم الحكم قال القدورى من اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذى فى كمى هذا وصفته كذا أو الدرة التى فى كمى هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المتنقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعى لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس فى ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا فى عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا أى بالاجماع قال الشافعى المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

(باب خيار الرؤية)

قال العلامة الكاكى فى المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول فى كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جوازه سيما بالاجماع كلام فتأمل

وقال الشافعي لايصح العقد أصلا لان المبيع مجهول ولناقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيألم يره فله الخياراذارآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لاتفضى الى المنازعة لانه لولم يوافقه يرده

المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجوازعنده وطائفة قالوالايجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهرأن المراد بالاطلاق ماذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجوازمالم يعلم جنسه أصلا كأن يقول بعتك شيأ بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لايجوز العقد أصلا) هو فيمالم يسم جنسه قولا واحدا انه لايجوز وأمافيماسمى جنسه وصفته على مانقل فى شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لايجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثيرمن أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضى الله عنهما وذكر المصنف فى وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعنى وكل ما كان كذلك لايجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ماليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا أما النهى عن بيع ماليس عندك فالمراد منه ماليس فى الملك اتفاقا لاماليس فى حضرتك ونحن شرطنا فى هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره وذلك ليس الابان يظهر له ماليس فى الواقع فيبنى عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهى عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بان لاضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لولم يثبت له الخيار اذارآه فاما اذا أوجبناله الخيار اذارآه فلاضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشترى فانه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما تفوت بان يذهب فيساومه فيه آخر ورآه فيشتريه منه فكان فى شرع هذا البيع على الوجه الذى ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شئ من الضرر فاتى يتناوله النهى عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الالمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذى لاخيار فيه لانه هو الذى يوجب ضرر المشترى والنهى قطعا ليس الالذلك فظهر ان كلامن الحديثين لم ينف ماأجزناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا فى اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لاضرر فى بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذى ذكره المصنف زيادة فى الخير وهو مارواه ابن أبى شيبة والبيهقى مرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن مكحول رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذارآه ان شاء أخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبى مريم بجهالة عدالته لاينفى علم غير المضعفين بها وقدروى هذا الحديث أيضا الحسن البصرى وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأى ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبى مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل

عبيده وهذا لان المقصود من شراء العين ماليته ولهذا لايرد على ماليس بمال والمالية فى الاوصاف ولهذا تزداد وتنقص بها وهى مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهى مفسدة فكذا جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلاقيد الرؤية فلانزيد قيد الرؤية عليها الانها كالنسخ وفى المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيألم يره فهو بالخيار اذارآه حقق الشراء وبنى عليه حكما وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كالمرئى وهذا لان الخلاف فى أمة قائمة بين أيديهما منتقبة ولاشك أن عينها معلومة بالاشارة اليها لانها أبلغ أسباب التعريف وكذا اذا أشار الى مكانها وليس فى ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها أمته وملوكته فانما يعرف باخبار البائع اياه لانها وان رفعت النقاب لايعلم ذلك الا بقول البائع وقد أخبر به وانما بقى بعدم رؤيتها الجهل ببعض صفات الوجه وهو أولى من فوات بعض

(ولناقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيألم يره فله الخياراذارآه) وهو نص فى الباب فلا يترك بلامعارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم ابن حزام وهو أنه قال قال عليه الصلاة والسلام لاتبع ماليس عندك والمراد ماليس بمرئى للمشترى لاجماعنا على ان المشترى اذا كان قدرآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهى عن بيع ماليس فى ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى الله عنه قال يارسول الله ان الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فابيعها منه ثم أدخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه الصلاة والسلام لاتبع ماليس عندك وقد أجمعنا على انه لو باع عينا حاضرا ثم لم يملكه ثم ملكه فلم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ماليس فى ملكه والمعقول وهو ان الجهالة بعدم الرؤية لاتفضى الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذالم يوافقه رده ولا نزاع ثمة يقتضى خياره وانما أفضت اليها لو قلنا بانبرام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لاتفضى الى المنازعة وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة فى الثانى هو الوصف وفى الاول المشاهدة ثم ماهو طريق الى الثانى اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ماهو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد وأجيب بان المعارضة ساقطة

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهى يقتضى المشروعية

لان السلم انمالايجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسئلة القدورى يعنى كما أن له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذى رويناه

فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه (وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث

من ضعف ابن أبى مريم على وفق حديثه ينبنى على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهى مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضا مرفوعا رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطنى من طريق أبى حنيفة الا أن فى طريقه الى أبى حنيفة عمر بن ابراهيم الكردى نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد فى الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازى وهذا الوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا اشتراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فاقيم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه) يعنى فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك فى مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار فى المشبه به أعنى الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس فى هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت) الى آخره أى وكذا له الخيار اذا رآه يعنى اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يرده لان ثبوت الخيار معلق فى النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين فى تعلقهما بالشرط فى الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار أن له أن يجيز وان يفسخ ثم لم تثبت الاجازة بسبب آخر فبقى على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشترى وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوى فى عدم نقل خلاف فى جواز الرد قبل الرؤية ونقل فى التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه

الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا (قوله فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه) بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه وخيار الرؤية انما يثبت فى كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال والقسمة والشراء وما أشبه ذلك من العقود التى تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية فى كل عقد لا ينفسخ برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما أشبه ذلك من العقود التى يكون المردود مضمونا بنفسه لا بما يقابله لان الرد فى هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد وقيام العقد يوجب مطالبة العين فاذا قبضه يرده أيضا فيؤدى الى ما لا يتناهى (قوله وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم أنه عقد غير لازم) جواب سؤال بان يقال لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله أن يفسخ العقد قبلها فقال حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة

و المعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فأدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرما لجواز فسخه لوهاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العاقدين فى عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدى الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك العدم وقوعه منبرما لوهاء فيه على ما فصله المجيب غاية ما فى الباب أن عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتامل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجىء فى الصفحة المقابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر ولان

ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية

وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تم لزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم ان تمنع الفسخ قبل الرؤية أن تمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التى هى الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم أن خيار الرؤية يثبت فى اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون فى الديون فلا يكون فى المسلم فيه ولا فى الاثمان الخالصة بخلاف مالو كان البيع اناء من أحد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان فى عقد ينفسخ بالفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطالب المشترى بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية بمنه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف كما هو خلافهم فى الفسخ فى خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بان ورث عينا من الاعيان فى بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب) فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة (وخيار الشرط) فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته فى العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفى عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه جوز متأخرا للمصلحة التى ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعنى فى حق البائع (وثبوتا) فى حق المشترى (ولا يتحقق ذلك) أى تمام الرضا (الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية) يخال انه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم

الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل فى الرضا اذ هو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشيء مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضا وتمامه بالعلم باوصاف هى مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما أدى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه حينئذ توجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ يخرج العين عن أن تكون معقودا عليها فلا توجد بعد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار والرضا بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معيبا سابق على الرضا فاعتبر بوجود سبب الخيار الذى هو العيب وهنا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها (قوله اعتبارا بخيار العيب) بان وجد البائع الثمن زيفا كان له الخيار ان شاء يجوز وان شاء يرد ولا ينفسخ العقد الا فى المقايضة (قوله زوالا) أى فى جانب البائع وثبوتا أى فى جانب المشترى حتى لا يزول ملك البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشترى الا برضاه (قوله ولا يتحقق ذلك) أى تمام الرضا

(قوله ولان الرضا بالشيء) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشيء (لا يتحقق قبل العلم باوصافه) لان الرضا استحسان الشيء واستحسان مالم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا الاستقباح الشيء واستقباح مالم يعلم ما يقبحه غير متصور ولان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر فى التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيأ فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشترى بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أى الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أى من جهة البائع (وثبوتا) أى من جهة المشترى (وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان

قال المصنف (ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم باوصافه غير مفروض فان غير المرئى قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصى باوصافه

بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (و وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة أجيب بانهما ليسا بسيين فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لرده باعتبار ان المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار بن فليجز من البائع وأجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على (٥٣٤) مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ماذكر في المتن فيبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية يوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطلت فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فاتت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل مالا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال ثم أو يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها ولحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختيارا له

فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية

وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا ههنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا ههنا وليس الواقع هذا الظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت مالم أره وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم لان قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعني بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله

(قوله أنه معلق بالشراء) فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فاما أن يثبت بما روينا أو بدلالته أو بحديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر في البيع وهو ليس في معنى الشراء ليثبت الحكم فيه دلالة ولان المشتري ظنه خيرا مما اشترى فرده بفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لرده باعتبار أن المبيع أزيد مما ظنه فصار كما لو باع عبدا على أنه معيب فاذا هو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار (قوله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية) والاصل فيما يبطل خيار الشرط أن كل فعل باشره المشتري في المشتري بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال فالاشتغال به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا

(قوله فاشبه الرد بالعيب) أقول فيه تامل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعني أن الضابط يفهم مما ذكر الى قوله ويعلم (قوله ويحل في غير الملك في الجملة) أقول يعني باجازة المالك

قيل يشكل على هذا الكلى مسئلتان احداهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية فى ظاهر الرواية و بطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان فى فتاوى قاضيخان وأجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فاذلك لا يعملان فى ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلى مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعنى فى المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذى يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية و بعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذى لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو الذى يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشترى والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف فى العين قائم فصادف المحل ونفذ و بعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ و بطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشترى عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذى رويناه والثانى ان هذه التصرفات اما أن تكون صريح الرضا أو دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة و بعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثانى بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال وأما الثانى فهو الذى لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أى لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعنى

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية و بعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا و يبطله بعد

بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالاعتاق) للعبد الذى اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه و كالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقديرقيد فى الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه للامتحان أو يحتاج اليه للامتحان الا أنه لا يحل فى غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار وذلك لانه متى فعل فعلا لا يحتاج اليه للامتحان و يحل فى غير الملك و جعل دليل الاختيار وسقط خياره أول مرة لا يفيد الخيار فائدته لان فائدة شرط الخيار امكان الرد فلو لزمه البيع بفعل الامتحان أول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت فنقول اذا اشترى جارية على أنه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وأنه يحل بدون الملك فى الجملة فلم يكن الاشتغال به دليل الاختيار فيبقى على خياره بخلاف ما لو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطء محتاجا اليه للامتحان لانها تشترى للوطء ولا يعلم كونها صالحة للوطء بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيار الملك حتى لا يقع وطؤه فى غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل فى غير الملك وان استخدمها مرة أخرى فان كان فى النوع الذى استخدمها فى المرة الاولى كان اختيار الملك لان الكرة الاخرى فى ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتقبيل واللمس عن شهوة ولبس الثوب مرة أخرى وركوب الدابة مرة أخرى كل ذلك يسقط الخيار لما أنه غير محتاج اليه للامتحان أولا يحل فى غير الملك (قوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) الى أن قال يبطله قبل الرؤية و بعدها فان قيل لو بطل

(قوله قيل يشكل على هذا الكلى الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفى فى صحة الكلية فانه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لا نسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف فى المبيع والسند ما ذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسخ البائع استقلالا (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا أو من التصرف مستقلا (قوله وعن الثانى بان دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثانى عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا لدلالة الرضا أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال

اذالم يكن من ضرورات الغير و يبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم أن المبيع اما أن يكون شيأ واحدا أو أشياء متعددة والثانى اما أن يكون متفاوت الآحاد أولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا أو جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك في العبد لا يجوز أصلا فسخ العقد أولم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والنشر فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثانى كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخى فلابد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لاتعرف الباقى لتفاوت في آحاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددى المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفى برؤية واحد منهما لان برؤية البعض يعرف الباقى لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الا أن يكون الباقى أردأ منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقى لانه مكيل يعرض بالنموذج

الرؤية لوجود دلالة الرضا قال (ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير شرط لتعذره فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود ولو دخل فى البيع أشياء فان كان لاتتفاوت آحادها كالمكيل والموزون

باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته أولى و يبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله ومايبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة و بالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشترى الذى له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لا تعمل فى اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم فى التصرف الذى تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا فى رواية عن أبى يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية الخ) والاصل فى هذا أن رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) فى انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا والاجماع أن ينظر الى

خياره قبل الرؤية يكون مخالفا لحكم النص لان النص أثبت الخيار اذا رآه بقوله فله الخيار اذا رآه قلنا ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وأما هذه الافاعيل فبنية على الملك والملك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك و بعد صحتها لا يمكن رفعها فسقط الخيار ضرورة وكذلك لو علق المشترى الذى له خيار الرؤية بالمبيع حقا للغير بان آجر أو رهن أو باع بشرط الخيار للمشترى لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افتك المرهون أو مضت مدة الاجارة أو رده المشترى عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية وان كان تصرفا لم يتعلق به حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه أو وهب ولم يسلم أو عرض على البيع لا يبطل خياره فان كانت هذه التصرفات فيه قبل الرؤية لا يبطل خياره لان الخيار لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضا فبدلالته أحق وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل خياره لان بعدها يسقط خياره بصريح الرضا فيسقط بدلالته أيضا ولو اشترى أرضا ولها أكار فزرعها الاكار برضا المشترى بان تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له أن يردها لان فعل الاكار كفعل المشترى (قوله أو الى وجه الجارية) ذكر الجارية وقع اتفاقا لان الحكم فى الغلام كذلك ذكر فى الايضاح والمعتبر فى العبد والامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لان العلم به و بصفاته يتحقق برؤية الوجه وفى الذخيرة اذا اشترى جارية أو عبدا ورأى وجهه ورضى به لا يكون له الخيار بعد ذلك (قوله لتعذره) أما فى العبد والامة فظاهر لان فى رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتهما وذلك فى العبد لا يجوز أصلا سواء فسخ العقد أولم يفسخ أما فى الامة فانه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره الى عورتها واقعا فى غير ملكه لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كان العقد لم يوجد فكان نظره وقع حراما فى أصله وأما فى الثوب المطوى

الاتقانى تقول سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها وسامها المشترى بمعنى استامها سوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لا يشترى كذا فى المغرب انتهى وقال العلامة الكاكى المساومة طلب البائع والمشترى لبيع سلعة كذا فى الفوائد انتهى (قوله فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما) أقول لا يخفى عليك أن الكلام فى الرؤية التى يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها والا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذى ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وهما لم يدخلا فى ملكه وهى حرام فليتأمل فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيما فيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهى تسقط الخيار اذا قبض بعدها وعلامة

وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لابد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لابد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشتريهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ماهو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف مالو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء في الاماء والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروي عن أبي يوسف وقيل لا يسقط مالم يرقوائمها ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن أبي حنيفة في الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لابد من الجس) باليد فلا يكتفي بالرؤية مالم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلابد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لابد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي أن ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها او يبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل في البيع اشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته) أي علامة مالا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها) في سقوط الخيار (الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى حينئذ يكون له الخيار)

فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة (قوله وعلامته) أي علامة الشئ الذي لا يتفاوت آحاده النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموذه كذا في المغرب وذكر في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفي فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بلا خلاف واذا كان في وعاءين فرأى ما في أحد الوعاءين اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق اذا رضي بما رأى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل مارأى أو فوقه أما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن اذا أراد الرد يرد الكل وهو الصحيح (قوله والجوز والبيض من هذا القبيل) أي من القبيل الذي يتفاوت آحاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا تكون رؤية البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لتقارب آحاده

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرآها في احدهما فان كان ما في الآخر مثل مارأى أو فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا تتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما أن تكون للحم أو للقنية أي الدر والنسل ففي الاول لابد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني لابد من رؤية الضرع وفي المطعومات لابد من الذوق لانه المعرف للمقصود

قال (وان رأى صحن الدار فلاخيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

يعني خيار العيب لاخيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رآها لابغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذي ذكرنا أعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي) قال المصنف (وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة) وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكتفي بل لابد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود أما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خياري وفي شراء الرحى بآلاته لابد من رؤية الكل وكذا السرج بأداته ولبده لابد من رؤية الكل (قوله وان رأى صحن الدار فلاخيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت السرور الى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لابد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلابد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار أو رؤية خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيأ وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف

قنوت المال جمعته قنوا وقنوة وأقنيته اتخذته لنفسي قنية أي أصل مال للنسل لا للتجارة كذا في المغرب (قوله فأما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار) وفي المحيط والذخيرة وبعض مشايخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى أنه اذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند

(قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها ورؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فأقيما رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فأما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في ما بين الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام مخالف المشروح

قال

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك مالم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه

المبيع وأما اذا كان المبيع مغيبا فى الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر فى ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيأ يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم ان باعه بعدما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضى به يلزم البيع فى الكل ان قلع البائع أو المشترى باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضى به لزم البيع فى الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل وان قلعه المشترى بغير اذنه ان كان المقلوع شيأ له ثمن بطل خياره فى الكل فلم يكن له أن يرده رضى بالمقلوع أو لم يرض وجد فى ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب فى يد المشترى يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيأ لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيأ يباع عددا ان قلعه البائع أو المشترى باذنه له الخيار فى الباقى حتى لو رضى به لا يلزم البيع فى الكل لانه عددى متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كرؤية كله وان قلعه المشترى بغير اذن البائع بطل خياره وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددى المتقارب لان بعضها يستدل فى العادة على الكل وان اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى اخاف ان قلعته لا يصلح لى ولا اقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسخ القاضى العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) الى المبيع مكشوفا يعنى الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه او كن وكيلا عنى بقبضه (كنظر المشترى حتى لا يرده) المشترى بعد قبض الوكيل ورؤيته (الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر الرسل) والرسول هو من يقول له المشترى قل لفلان يدفع اليك المبيع او انت رسولى اليه فى قبضه او ارسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الامر بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما اذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما) يعنى الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذى له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل) اى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك مالم يتوكل به) واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيبا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل فى قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضا (كالاسقاط قصدا) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط (وله ان القبض) على نوعين قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان

وبعضهم شرط رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه (قوله ونظر الوكيل كنظر المشترى) وفى الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عنى أو يقول أمرتك بقبضه (قوله وله أن القبض نوعان تام) بحيث لا يرد عليه النقض وهو

قال (ونظر الوكيل المشترى) قيل صورة التوكيل ان يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الارسال أن يقول كن رسولا عنى أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال أمرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه يسقط خيار المشترى فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض اليه فاذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشترى فله أن يرده عند أبي حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء فى عدم سقوط خيار المشترى وله أن يرده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) ومالم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيأ ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل أبي حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هى (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه

(قوله فيما اذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار

وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله هذا) اشارة الى تنوعه بالنوعين و بيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لان تمامها انتهاؤها فى اللزوم بحيث لا يرتد الا برضاه أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل فى القبض الناقص لا محالة أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك اسقاطه وفى هذا الجواب تعرض الحرد قياسهما على الاسقاط القصدى والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار فى القبض التام ثبت للوكيل فى ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثانى ممنوع فان من توكل بشئ توكل بما يتم به لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا أو قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدورى ان من اشترى شيأ على أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه ولو

وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف

وخيار الرؤية يبطل بهذا القبض و بقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما (وناقص وهو ان يقبضه مستورا) واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما اذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لان بقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (اسقاطه) لانتفاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احداهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجيب بان سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا فى مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يتأتى على القول بان مجرد مضى ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح و بعين الجواب الاول يقع الفرق فى المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له ان يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله فى الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم او لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعنى

أن يقبضه وهو يراه وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضا وناقص بحيث يرد عليه النقض وهو أن يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعى القبض فكذا الوكيل لانه ملكه الموكل ما يملكه ولكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ مطلق لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضى اتمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للوكيل فلا يملك اسقاطه قصدا بعده لصيرورته أجنبيا عنه بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل بقبض الوكيل فى الصحيح لانه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقائه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم (قوله وخيار الشرط على الخلاف) ذكر القدورى أنه لو اشترى شيأ على أنه بالخيار

(قوله وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله اشارة الى كون القبض وهو يراه تاما تامل (قوله والثانى ممنوع فان من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا لزم أن لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدى نفعا

لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال (و بيع الاعمى وشراؤه جائز) بيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا (وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذا الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى مالم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو

ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع قال (و بيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط

وخيار الشرط لا نص فيه فلنا ان نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فاذا فرضنا ان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا يملك شيأ) من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسال في البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء يمد في لغة الحجاز ويقصر لاهل نجد (وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس) كالشاة (و بشمه اذا كان يعرف بالشم) كالطيب (و بذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كما في البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) وممن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط

فوكل وكيلا بالقبض فقبضه بعدما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختيار وذا بالتروي والتأمل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنه أخذه وان استقبحه تركه وهذا يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة وصار معبرا عنه للمرسل فكان الى المرسل اتمامه فاما الوكيل هو الذي فوض اليه التصرف ليعمل برأيه ولهذا يجوز سلب اسم الوكيل عن الرسول قال الله تعالى قل لست عليكم بوكيل (قوله ولهذا لا يملك القبض) أي قبض الثمن (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره وقيل ان كان بصيرا فعمي فهو كالبصير عند الشافعي رحمه الله وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها (قوله كما في السلم) أي اذا رأى رب السلم المسلم فيه لا يكون له خيار الرؤية

(قوله لان الاختيار) أقول التتابع بالياء بنقطتين بعد التاء من والاختيار بالياء المنقطة بنقطة تحتانية بعد التاء من الخير قال المصنف (و بيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الا أن قوله اذا اشترى يأبى عن هذا نوع اباء فليتامل

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك البارى ليس بموجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رأى فان اذا تستعمل في المتحقق فليتامل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

انما يكون فى البصير والاولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك أصل فى الشرع بمنزلة الاجماع
ويسقط خياره بمباشرة ماهو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه فى
المذوقات وأما اذا كان شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما فى السلم وقال بعض أئمة
بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروى عن أبى يوسف انه اذا وقف فى مكان
لو كان الواقف بصير الرآه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى فى حق
الآدمى والاصلع واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد فى الجامع الصغير قال أبو يوسف فى الاعمى يشترى الشئ
لم يره فيقول قد رضيت قال له أن يرده وان كان فى مكان لو كان بصير الرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف فى مكان لو
كان بصيرا رآه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبى حنيفة
لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط

الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمى انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل للخيار من النظر الى صفة العجز وقد استوى فى ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) قد تقدم ان فى الجمع بين الاشياء المتفاوتة الآحاد فى البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقى بل لابد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا اذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذى رآه وحده بل يردهما ان شاء كى لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشترى من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء فى الحديث فيبقى نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة قبل تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضى ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذى لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهى على المجيز وأجيب بان موجب النهى مطرد فى جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطرد راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح

خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة فى حق الاخرس فى الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق فى حق من لا شعر له فى الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبى حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب

خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له) فى الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته فى السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامى وعن أبى يوسف أيضا انه اعتبر الوصف فى غير العقار أيضا ولم يعتبر الشم ولا الذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة فى الدار وفى رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعريف الكامل فى حقه يثبت بهذا الافيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير فى أشهر الروايات وهو المروى عن أبى يوسف ومحمد فى شرح الجامع الصغير لابى الليث (وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه) فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبى حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للاعمى ثم أبصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار الى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لان رؤية

فيكون الوصف فى السلم فيه قائما مقام الرؤية حكما حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه ولما كان الوصف كالرؤية فى حق البصير فلأن يكون فى حق الاعمى كذلك أولى (قوله كتحريك الشفتين مقام القراءة) وعبارة الفوائد الظهيرية تدل على اللزوم حيث قال لان المصير الى التشبه عند اعذار الحقيقة واجب كالمحرم اذا أراد التحلل وقد قرع رأسه يلزم اجراء الموسى عليه تشبها بالحالقين وكذا الاخرس

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول تقدم بورقة تضمينا وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تناهيها فى اللزوم
(قوله فان تفريق الصفقة منهى عنه) أقول تعليل لقوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى
شيئا لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذى لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهى) أقول وأنت خبير بان المفهوم لا يعارض المنطوق
حتى يحتاج الى الترجيح وأيضا المشترى هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كرؤية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس
فليتامل

أولانه متأخرعن المبيع لئلايلزم تكرار النسخ وبان الرد كما كان غيرممكن لان ردأحدالثوبين لايكون ردالانه اشترى ثوبين لاأحدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقها مطلقاوقدقيدتم بماقبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي انماهوعن التفريق والتقييد بماقبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا أوجب البيع فى شيئين لايملك المشترى القبول فى أحدهما لمافيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيمابين (٥٤٣) الناس بضم الردىء الى الجيد ترويجاله بالجيدفاذاعلم أن المانع من ردأحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع مااستشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لايرد الباقي وفيمانحن فيه اذاردأحدهما فلابدمن رد الآخر أيضا لان فيما نحن فيه ردأحدهمايوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لاتتم مع بقاء خيار الرؤية وفى فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشترى قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غيرمعيب بعيب الشركة حتى لوكان المبيع عبدا واحدافاستحق بعضه كان له ردالباقي كمافى خيار الرؤية والشرط لان الشركة فى الاعيان المجتمعة عيب والمشترى لم يرض به لكن فى صورة الاستحقاق له ولايةرد الباقي لدفع ضرر يلزم المشترى فان شاء رضي وان شاء ردوفى خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع

فيبقى الخيار فيمالم يره ثم لايرده وحده بل يردهما كي لايكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذالان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولارضا ويكون فسخامن الاصل

أحدهماليست رؤية للآخر لتفاوت فى الثياب فيبقى الخيار فيمالم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) ان شاء (كي لايكون تفريقا للصفقة) على البائع (قبل التمام وهذالان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) كخيار الشرط بدليل ان له أن يفسخه (بغير قضاء ولارضا ويكون فسخامن الاصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لايحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ماالفرق بين هذاو بين مااذااستحق أحدهمالايرد الباقي وهناوفى خيار الشرط يردالآخراذا ردأحدهما بعدالقبض أجيب أن ردأحدهمافى خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لماعلم أن الصفقة لاتتم معهماوفى الاستحقاق لورد كان بعدالتمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت فى الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداواحدافاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كمافى خيار الرؤية والشرط لان الشركة فى الاعيان المجتمعة عيب والمشترى لم يرض بهذا العيب فى فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهماولم يقبض الآخرثم استحق أحدهماله الخيار لتفرقها قبل التمام ولوكان المبيع مكيلاأوموزونافاستحق بعضه بعدالقبض لايخيرلان الشركة ليست بعيب فيه ولواستحق قبل القبض يخيرلتفريق الصفقة قبل التمام ولووجدباحدهماعيبافى مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لاتتم قبل القبض هذاوالمعنى فى تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبروذلك أن فى تفريقها ثبوت ضررين دائماغيرأنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثرفانه ضررمال فانه قدلايروج أحدهماالابالآخرلجودة أحدهما ورداءة الآخروهوفوق ضرر المشترى فان ضرره ليس الا ابطلان مجرد قوله اذا ألزمناه ردهماو بعدالقبض ضرر المشترى أكثرلانه متى ردالكل يبطل حقه عن اليدوضرر البائع موهوم اذقديبيع المردود بثمن جيد

يلزمه تحريك الشفتين عند القراءة (قوله كي لايكون تفريقاللصفقة قبل التمام) وتفريق الصفقة حرام لماجاء فى الحديث أن النبي عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة فان قيل ينبغي أن يكون فى هذه الصورة ولايةردأحدالثوبين الذى لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئالم يره فهو بالخياراذارآه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهى عن تفريق الصفقة أولى من حديث خيار الرؤية لوجوه أحدهاأن موجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم فى افادة التحريم أى موجبه ثابت فى جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئالم يره غيرثابت فى جميع الصورألا يرى أنه لايملك الرداذاتعيب أوأعتق أحدالعبدين أو دبره فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحا أولان قوله نهى محرم والمحرم راجح على المبيح أولان قوله نهى عن تفريق الصفقة متأخرعن المبيح والا يلزم تكرار النسخ لماعرف (قوله وهذالان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) يريدبه اذاقبضه مستورا أمااذاقبضه وهو يراه يبطل خياره وتتم الصفقة (قوله

قال المصنف (وهذالان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة الكاكي يعني فيمااذاقبضه مستورا كذاقيل ولاحاجة الى هذالان خيار الرؤية يبقى الى أن يوجد مايبطله انتهى وفيه بحث يظهر بملاحظة مامرفى مسئلة نظر الوكيل (قوله أولانه متأخرعن المبيح الخ) أقول فى التوضيح فى فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله والجواب أن النهي انماهوعن التفريق الى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق نسخ وذلك لايجوز بالقياس ثم لايظهر بماذكرفى معرض الجواب دفع ماقيل (قوله يندفع مااستشكل بالاستحقاق) أقول لايظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا للمشتري) أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وان وجده متغيرا فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد

فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلمه مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كما قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجده متغيرا) عن الحالة التي كان رآه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل عدمه فلا تقبل الا ببينة (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيته وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي أمرا عارضا هو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه لا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أي الا في صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أي المشايخ (لان الظاهر شاهد

الا اذا كان لا يعلمه مرئيه) أي لا يعلم أنه هو الذي رآه (قوله وسبب اللزوم ظاهر) وهو الشراء بعد الرؤية (قوله على ما قالوا) لان الظاهر شاهد للمشتري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير أكان يصدق على ذلك وبه كان

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلما) أقول الظاهر أن يقول معلمة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاولين لان المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندي أنه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليتأمل

للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيأ منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله

للمشتري) اذ الظاهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله تعالى أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهور وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيأ منها الا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أي في المقبوض (وضع المسئلة) لانها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الآخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب والزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب

يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمهما الله (قوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول للبائع (قوله ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند تنسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب) وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء (قوله وكذلك خيار الشرط) أي ليس له أن يرد شيأ منها بخيار الشرط اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا أو وهب وحاصله ما ذكر الامام قاضيخان رحمه الله في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلاثة أما ان كان المشتري قبض المبيع أو قبض بعضه أو لم يقبض شيأ ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال ما لانه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان بتسليم البعض لا يتناهى حكم العقد وان قبض الكل فوجد ببعضه عيبا ان كان المبيع شيأ واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل أو يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يرد المعيب خاصة لان العيب وجد بأحدهما

يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين قال (ومن اشترى عدل زطي) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيأ منها أي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وأنث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن أبي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى

الرطبة وقيل جبل بسواد العراق وذكر الضمير فى قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنثه فى قوله لم يرد شيأ منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أوهم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذى باعه من العدل أو وهبه (الى المشترى بسبب هو فسخ) محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة (فهو) أى المشترى للعدل (على خياره) أى خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أى خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الا بسبب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدورى) وحقيقة الحظ تختلف فشمس الائمة لحظ بالبيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رضى بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا برضا أو قضاء وفى خيار الشرط والرؤية ينفرد بالرد وفى فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض أو بعد ماقبض بعض المبيع كان له أن يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض تتفرق الصفقة على المشترى قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا أو ثوبا واحدا واستحق بعضه كان له أن يرد الباقى وان كان عبدين فاستحق أحدهما لا يرد الباقى (قوله وفيه وضع المسئلة) أى فى المقبوض على ماذكرناه (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) بان يرد المشترى الثانى بالعيب بقضاء القاضى وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه وفى فتاوى قاضيخان وهو الصحيح

(فلو عاد) الثوب الذى باعه (الى المشترى بسبب هو فسخ) بان رد المشترى الثانى بالعيب بالقضاء أو رجع فى الهبة فهو أى المشترى الاول أو الواهب على خياره فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الائمة السرخسى وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدورى)

(تم الجزء الخامس من فتح القدير والكفايه على شرح الهدايه للامام برهان الدين على بن أبي بكر المرغينانى ويليه الجزء السادس أوله باب خيار العيب)

(فهرست الجزء الخامس من فتح القدير على شرح الهداية لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى)

(تمت)

















